



Universiteit Leiden



Juridische Vereisten PortNL

Aernout Schmidt, Universiteit Leiden

B-dossier deliverable D2.1



Gemeente Den Haag



Enschede.nl



Universiteit Twente
de ondernemende universiteit



TU Delft



Universiteit Leiden



Universiteit Utrecht



Colofon

Datum : 12 april 2010
Versie : Definitief
Verandering :
Project referentie: B-Dossier/D2.1
URL : <https://doc.novay.nl/dsweb/Services/Document-114833>
Toegangsrechten : Openbaar
Status : Definitief
Redacteur :
Bedrijf : Universiteit Leiden
Auteur(s) : Aernout Schmidt

Synopsis:

Dit rapport bevat de resultaten van het onderzoek naar de juridische voorwaarden welke aan PortNL kunnen worden gesteld. Het onderzoek is uitgevoerd aan het einde van de derde fase van het B-dossierproject, omdat voor de beoordeling van juridische haken en ogen een zo concreet mogelijk beeld van de beoogde activiteiten beschikbaar moet zijn, inclusief een beeld over beoogde samenwerkingsvormen en verantwoordelijkheidsverdelingen.

Het is dus in zekere zin een complicatie dat ten tijde van het schrijven van dit rapport al wel een groot reservoir aan kennis beschikbaar is gemaakt over de gewenste aanpak en de benodigde functionaliteiten van PortNL – de dienst die beoogt de ‘immigratie’ gecoördineerd te faciliteren van buitenlandse werknemers die tijdelijk in ons land gaan verblijven, van zogenoemde ‘expats’ – maar dat nog geen duidelijk beeld bestaat over de juridische vorm van de beoogde verantwoordelijke/penvoerende organisatie.

Omdat bij het inrichten van zo een organisatie talrijke juridische argumenten een rol kunnen spelen is in dit rapport aandacht besteed aan zowel de juridische aspecten die een rol zouden kunnen spelen bij de keuze voor de organisatievorm als aan de juridische aspecten die een rol spelen bij het inrichten en exploiteren van de dienst door die organisatie.

B-dossier: juridische vereisten PortNL

Aernout Schmidt

Inhoud

I	Context, conclusies en aanbevelingen	7
1	Inleiding, doel- en probleemstelling	8
2	Conclusies en aanbevelingen	9
2.1	Welke rollen?	9
2.2	Welke rechtsvorm?	11
2.3	Commercieel of bestuursrechtelijk?	11
2.4	Welke standaardcontracten?	12
2.4.1	Statuten	12
2.4.2	Contracten	13
2.5	Welke juridische mogelijkheden/beperkingen?	14
2.6	Conclusies	16
II	Verantwoording en analyse	18
3	Institutionele analyse	19
3.1	Functionaliteiten van PortNL	19
3.2	Rollen en hun activiteiten in PortNL	20
3.3	Activiteiten en hun (mede)verantwoordelijke rollen	21
3.4	Diensten en dienstverleners (rollen)	23
3.5	Juridische typering van de rollen (de mogelijkheden)	24
3.6	Naar twee scenario's	26
3.7	Enkele 'natuurlijke' criteria voor de goede werking van instituties	27
3.8	Enkele 'natuurlijke' criteria voor goede institutionele regelstelsels	30
4	Materieelrechtelijke vereisten (algemeen)	32
4.1	Onrechtmatige daad	32
4.2	Legaliteit, tweewegenleer	33
5	Materiële rechtsgebieden en enkele aspecten ervan	34
5.1	<i>Het algemene bestuursrecht.</i>	34
5.2	<i>Het ondernemingsrecht</i>	35
	Publiekrechtelijke lichamen	38
	Stichting en vereniging	38
	Vennootschap, CV, BV, NV, Coöperatie	39
	Convenanten	40
5.3	Het aanbestedingsrecht	40
5.3.1	Algemeen	41
5.3.2	Definities	41
5.3.3	Drempelbedragen	50
5.3.4	De (de)motivering van innovatief ondernemen	50
	Aanbesteding en innovatie via aanbod uit de markt	50
	Aanbesteding en innovatie via de vraag aan de markt	51

	Bestendig vertrouwen tussen aanbesteder en aanbieder	51
5.4	Het mededingingsrecht	53
5.5	Het fiscale recht	53
5.6	Internationaal privaatrecht	54
5.7	Het vreemdelingenrecht	54
5.8	Archiefwet en Wet openbaarheid van bestuur (bewaar- en overdrachtver- plichtingen)	54
5.9	Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer	55
	De verantwoordelijke	55
	Verwerkingsvrijstellingen	55
	Soorten registraties	56
	Informatieverstrekking	56
	Gegevenscorrectie	57
	Passende beveiliging	57
	Verzet	58
	Bewaren	58
	Eisen aan de relatie verantwoordelijke - bewerker	58
	Eisen aan de bewerker	58
	De functionaris voor de gegevensbescherming	59
	Bijzondere persoonsgegevens	59
	Direct marketing	59
	Doel en noodzaak, subsidiariteit en proportionaliteit	59
	Juist en nauwkeurig	60
5.10	Het telecommunicatierecht	60
5.11	Het recht op intellectuele eigendom	61
5.12	Het contractenrecht	61
	5.12.1 De uitleg van contractuele bepalingen	63
	Haviltex en CAO	63
	5.12.2 Niet-nakoming: aansprakelijkheid, overmacht, exonerationen, schade- vergoeding, boetebedingen, vrijwaring, verzekering	64
	5.12.3 Algemene voorwaarden, consumentenbescherming	64
5.13	<i>Het strafrecht</i>	65
5.14	<i>Proces- en bewijsrecht</i>	65
6	Juridische toets van van PortNL	66
6.1	Institutionele structuur	66
6.2	Contracten en statuten	71
6.3	Statuten	71
6.4	Contracten	72
6.5	Requirements en use cases	74
	6.5.1 Toetreding (uittreding) van een SP (als lid)	74
	6.5.2 Toetreding (uittreding) van een CSP	77
	6.5.3 Toetreding (uittreding) van een PSP	80
	(1) Inhoudelijke toegevoegde waardediensten	81
	(2) Juridische toegevoegde waardediensten	81
	(3) Kwaliteits- en legitimiteitsbewaking	82
	6.5.4 Toetreding (uittreding) van een C	83

6.5.5	Beantwoording van een vraag van een C	85
6.5.6	Periodieke kwaliteitstoets door PP	85
7	Conclusies en aanbevelingen	86
7.1	Welke rollen?	86
7.2	Welke rechtsvorm?	88
7.3	Commercieel of bestuursrechtelijk?	88
7.4	Welke standaardcontracten?	88
7.4.1	Statuten	88
7.4.2	Contracten	90
7.5	Welke juridische mogelijkheden/beperkingen?	91
7.6	Conclusies	93
III	Overzicht van Legal Requirements	95
Noten		100
	Haviltex	104
	De rechtsverhouding	105
	De uitlegmaatstaf	106
	Onduidelijkheid, verkeersopvatting	106
	Uitlegcriteria	108
	Uitgangspunten bij de beoordeling	110
Aangehaalde literatuur		113

Lijst van figuren

1	Rollen bij PP	10
2	Aangepast en gegeneraliseerd Use Case diagram voor PortNL	26
3	Alternatieve afhankelijkheidsarchitectuur voor PortNL	66
4	Use case diagram toetreden aspirant SP (lid)	75
5	Activiteiten diagram toetreden SP	75
6	Use case diagram toetreden aspirant CSP	78
7	Activiteiten diagram toetreden aspirant CSP	78
8	Een vanuit juridisch gezichtspunt werkbare activiteitenarchitectuur voor de PSPs van PortNL	82
9	Use case diagram toetreden aspirant C	84
10	Activiteiten diagram toetreden aspirant C	84
11	Rollen bij PortNL	87

Lijst van tabellen

1	Rollen en taken bij PortNL	21
2	Activiteiten en verantwoordelijke rollen bij de exploitatie van PortNL . . .	22
3	Diensten/functionaliteiten en materieel verantwoordelijke rollen	24
4	PortNL rollen en juridische rollen	24
5	Deelnemende organisaties en hun rechtsvorm	35
6	Relevante rechtsvormen met hun eigenschappen	37
7	Onderscheiden service provider rollen	67
8	Belangen bij PortNL per rol	69
9	PortNL rollen en hun rechtspersoonlijkheid	70
10	Legal requirements en motivering	96
11	‘Rule-of-Law’ requirements	96
12	Algemeen materieelrechtelijke requirements	97
13	Legal requirements voor aanbesteding, mededinging, fiscus, internationaal privaatrecht, vreemdelingenrecht, overig toepasselijk bestuursrecht bij SPs	97
14	Twee legal requirements voortvloeiend uit het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer	98
15	Een legal requirements voortvloeiend uit het telecommunicatierecht	98
16	Twee legal requirements voortvloeiend uit het recht op intellectuele eigendom	98
17	Enkele legal requirements voortvloeiend uit het contractenrecht	99
18	Legal requirement met het oog op de bewijspositie bij eventueel conflict .	99

Deel I

Context, conclusies en aanbevelingen

1 Inleiding, doel- en probleemstelling

Dit rapport bevat de resultaten van het onderzoek naar de juridische voorwaarden welke aan PortNL kunnen worden gesteld. Het onderzoek is uitgevoerd aan het einde van de derde fase van het B-dossierproject, omdat voor de beoordeling van juridische haken en ogen een zo concreet mogelijk beeld van de beoogde activiteiten beschikbaar moet zijn, inclusief een beeld over beoogde samenwerkingsvormen en verantwoordelijkheidsverdelingen.

Het is dus in zekere zin een complicatie dat ten tijde van het schrijven van dit rapport al wel een groot reservoir aan kennis beschikbaar is gemaakt over de gewenste aanpak en de benodigde functionaliteiten van PortNL – de dienst die beoogt de ‘immigratie’ gecoördineerd te faciliteren van buitenlandse werknemers die tijdelijk in ons land gaan verblijven, van zogenoemde ‘expats’ – maar dat nog geen duidelijk beeld bestaat over de juridische vorm van de beoogde verantwoordelijke/penvoerende organisatie. Omdat bij het inrichten van zo een organisatie talrijke juridische argumenten een rol kunnen spelen is in dit rapport aandacht besteed aan zowel de juridische aspecten die een rol zouden kunnen spelen bij de keuze voor de organisatievorm als aan de juridische aspecten die een rol spelen bij het inrichten en exploiteren van de dienst door die organisatie.

Vanuit rechtswetenschappelijk gezichtspunt is dit een ongebruikelijke aanpak. Bij het onderzoek is gebruik gemaakt van LRE, een methode die is ontwikkeld met het oog op een juridisch verantwoord functioneel specificeren bij aanbestedingen en die is beschreven in [1].¹ PortNL is, in LRE-termen een droom, ² B-dossier is het multidisciplinaire project dat onderzoek verricht naar de haalbaarheid ervan. PortNL streeft naar een effectieve en efficiënte, gebundelde dienst voor ‘expats,’ voor buitenlanders die voor een periode naar Nederland trekken om daar te werken en te wonen, mogelijk met hun gezinnen. Een samenvatting van het gehele project ontleen ik aan [2], p.12:

Het B-dossier project is een meerjarig onderzoekstraject dat zich ten doel stelt nieuwe generatie e-diensten te ontwikkelen ter ondersteuning van burger en bedrijf. Centraal staat hierbij de gedachte van integrale vraagsturing. Met integraal wordt bedoeld op een one-stop-shop waarbij burger en bedrijf via een centraal punt zowel publieke als private diensten en informatie kunnen afnemen. Het begrip vraagsturing refereert aan het principe dat de burger en het bedrijf de regie voeren over de dienstverlening en informatieverstrekking. Dit laatste vereist personalisatie van diensten en informatie, maar ook mogelijkheden om zelf toegang tot persoonlijke informatie te bepalen.

Voorafgaand aan dit derde jaar B-dossier, is in het eerste jaar een studie verricht naar de concepten achter een B-dossier. Een requirementsstudie is uitgevoerd en een federatieve architectuur ontwikkeld. Daarnaast zijn visualisaties gemaakt van een mogelijk B dossier. Deze visualisaties zijn getoetst bij gebruikers, zowel burgers/ondernemers als ambtenaren.

In het tweede jaar is gewerkt aan het verzilveren, verdiepen en verbinden van de B-dossier resultaten. In het kader van de verzilvering zijn case studies uitgevoerd bij de Gemeente Den Haag en UWV. Bij de eerste organisatie is het concept uitgewerkt tot een prototype van een Wmo-portaal. Bij beide case studies is uitgebreid gebruikersonderzoek uitgevoerd. De verdieping heeft plaatsgevonden op gebied van de coördinatie van dienstverleningsprocessen (inclusief een demo rond event-gedreven procescoördinatie) een machtigingsinfrastructuur (waaronder een werkende demo met Windows CardSpace), een studie naar interoperabiliteit en een praktijkstudie naar portal- en portlettechnologie. In het kader van ‘verbinden’ zijn verschillende seminars gehouden, presentaties gegeven voor geïnteresseerde partijen binnen en buiten het project en verscheidene publicaties geschreven.

Het derde jaar B-dossier stelt zich tot doel om een werkend prototype te ontwikkelen ter ondersteuning van internationale werknemers die tijdelijk in Nederland komen werken. De doelstelling van B-dossier fase 3 luidt als volgt [...]: “B-dossier fase 3 zal een werkend prototype opleveren van een nieuwe generatie e-diensten, gericht op de ondersteuning van expats. De nieuwe generatie e-diensten wordt gekenmerkt door innovaties op gebied van personalisatie, participatie en integratie.”

2 Conclusies en aanbevelingen

Gelet op de betrekkelijke onbepaaldheid van de materie waarop deze ‘juridische toets’ moest worden toegepast heb ik een aantal keuzen gemaakt. Uitgaande van het beschikbare materiaal ben ik eerst op zoek gegaan naar argumentaties die richting kunnen geven aan besluitvorming over de juridische vorm van de beoogde dienst, om daaraan de meer positiefrechtelijke overwegingen te verbinden. De daarmee samenhangende zoektocht is neergelegd in het tweede deel. Dit deel (Deel II) heeft meer het karakter van verantwoording en analyse, dan van een rapport. Op basis daarvan zijn twee meer toegespitste delen opgesteld. In Deel III is een overzicht/opsomming gegeven van wat ik ‘legal requirements’ noem, dat wil zeggen van juridische vereisten die een rol zullen spelen bij het inrichten en exploiteren van PortNL als een dienst die voortvloeit uit publiek private samenwerking. Tenslotte zijn in Deel I de conclusies en aanbevelingen gegeven. Daarbij is wat wel de ‘exemplifying method’ wordt genoemd gebruikt. Getracht is daar om de vragen die voor PortNL (als uitvloeisel van het B-dossierproject) gelden en daarvoor zijn beantwoord in een abstracter kader te plaatsen en beantwoorden. Die – meer abstracte – vragen zijn:

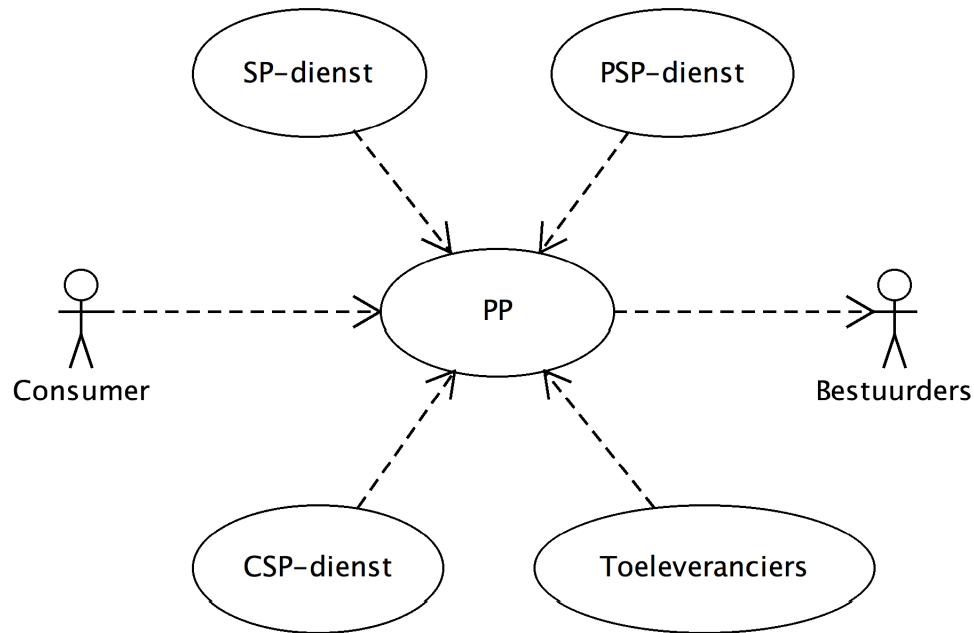
1. Welke rollen kunnen worden onderscheiden bij een PPS-dienst, die toegevoegde waarde levert ten behoeve van een betere c.q. beter gecoördineerde uitvoering van de afzonderlijke publiekrechtelijke taken, ten behoeve van de wederzijdse lastenvermindering bij een vaker voorkomend scenario (of een vaker voorkomend stelsel van vragen bij behoeftestellers *zoals bijvoorbeeld* bij expats)?
2. Welke rechtsvorm is het meest geschikt voor inrichting en exploitatie van een dergelijke dienst?
3. Commercieel of bestuursrechtelijk?
4. Welke standaardcontracten spelen bij de vorming en de exploitatie van zo’n dienst een belangrijke rol?
5. Met welke juridische mogelijkheden en beperkingen moet rekening worden gehouden?

Dit zijn de vragen die ik in dit deel bij wijze van conclusies en aanbevelingen kort behandel.

2.1 Welke rollen?

Welke rollen kunnen worden onderscheiden bij een PPS-dienst, die toegevoegde waarde levert ten behoeve van een betere c.q. beter gecoördineerde uitvoering van de afzonderlijke

publiekrechtelijke taken, ten behoeve van de wederzijde lastenvermindering bij een vaker voorkomend scenario (of een vaker voorkomend stelsel van vragen bij behoeftestellers *zoals bijvoorbeeld* bij expats)? Ik noem die abstracte dienst in het vervolg PP. De volgende rollen kunnen daarbij in abstracto worden onderscheiden (zie Figuur 1):



Figuur 1: Rollen bij PP

Aannemende dat PP rechtspersoonlijkheid moet bezitten (anders kunnen er geen zaken worden gedaan), aannemende dat er gebruikers zijn die de diensten van PP zullen willen afnemen, aannemende dat de diensten van PP een bundeling van publiekrechtelijke organen zal bevatten, aannemende dat er ook een (bundeling van) commerciële rechtspersonen aan zullen bijdragen en tenslotte aannemende dat PP daarnaast diensten van toeleveranciers zal kunnen nodig hebben kunnen de volgende rollen worden onderscheiden:

Consumers De afnemers van de dienst;

PP De rechtspersoon die de coördinatie van het toezicht op en de aansturing van de overige rollen heeft gedelegeerd gekregen;

SP-diensten De publiekrechtelijke rechtspersonen die deelnemen in PP;

CSP-diensten De commerciële rechtspersonen die deelnemen in PP;

PSP-diensten De vooralsnog onbepaalde rechtspersonen die toegevoegde waardediensten leveren aan PP op basis van het combineren en analyseren van de gegevens, beschikbaar te stellen door Consumers en SP- en CSP-diensten;

Toeleveranciers De externe, commerciële rechtspersonen waarvan PP *ad hoc* werken of diensten afneemt ten behoeve van de inrichting of exploitatie.

Zeker is dat PP een samenwerkingsverband belichaamt tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen. Dat deze een rechtsvorm moet hebben is evident: PP in actie moet worden bestuurd op een wijze die voor de deelnemende rollen aanvaardbaar en controleerbaar is – daarom is er nog een rol van betekenis:

Bestuurders De persoon of het college dat PP bestuurt en het beleid bepaalt voorzover er beleidsruimte is.

Onduidelijk is vooralsnog wat een aan te bevelen rechtsvorm voor PP zelf is.

2.2 Welke rechtsvorm?

Er zijn geen vaste regels voor het juridisch vormgeven van PPS constructies. Vrijwel alles uit het ondernemingsrechtelijke repertoire is mogelijk. Veel privaatrechtelijke rechtsvormen zijn minder geschikt, met name wanneer ze erop zijn ontworpen om het algemene doel (het maken van winst) te koppelen aan de mogelijkheid om de aansprakelijkheid van bestuurders te beperken. Dat laatste is geen bezwaar, maar voor de deelname van overheidsdiensten aan instellingen die het algemene doel hebben om winst te maken is dit al snel in strijd met de legitimiteit: overheidsdiensten voeren een wettelijke taak uit en het maken van winst is daarmee niet in overeenstemming, tenzij het doel van de rechtspersoon expliciet op het uitvoeren van die taak is gericht. De andere mogelijkheid (de stichting) is weliswaar een rechtsvorm die het nastreven van ideële doelen ondersteunt (en dus veel gemakkelijker te passen valt in legitimiteitsargumentaties), maar haar bestuursconstructie (coöptatie, geen leden) is weer lastig zo vorm te geven dat die aansluit bij de voorliggende inrichting van PP. Over blijft de coöperatieve vereniging, met haar mogelijkheden van beperking van persoonlijke aansprakelijkheden, haar mogelijkheden om een gemeenschappelijk doel voor haar leden te formuleren, haar mogelijkheden om bijzondere contracten aan te gaan met vaste relaties en haar mogelijkheden om – wanneer er winst zou worden gemaakt – daarvoor bestemmingen te bepalen. Ik beveel deze rechtsvorm aan.

2.3 Commercieel of bestuursrechtelijk?

Daarmee is nog geen antwoord gegeven op de vraag of PP een commerciële of een bestuursrechtelijke coöperatie zou moeten zijn (commercieel in de zin dat de CSP-diensten de leden zijn en het bestuur vormen; bestuursrechtelijk in de zin dat de SP-diensten de leden zijn en het bestuur vormen).³ Mijns inziens leidt het vigerende aanbestedingsrecht ertoe dat alleen een bestuursrechtelijke coöperatie in aanmerking komt voor PP: wanneer een commerciële coöperatie (CPP) de dienst zou aanbieden, terwijl de geldstroom vanuit de bestuursdiensten boven het drempelbedrag zouden uitkomen (in casu: € 133.000 over een periode van vier jaar), dan zou die dienst moeten worden aanbesteed, zodat die bij een geheel andere organisatie dan CPP terecht zou kunnen komen, wat er weer toe zou kunnen leiden dat PP vanuit het bedrijfsleven in het geheel niet wordt aangeboden in verband met het daarbij te lopen risico een concurrent in het zadel te helpen.

2.4 Welke standaardcontracten?

Om een en ander vorm te geven moeten statuten worden opgesteld en standaardcontracten worden voorbereid.

2.4.1 Statuten

In de statuten moet alsdan tenminste worden geregeld:

- Welke SPs de leden zijn,
 - wat hun financiële inbreng is (investering),
 - wat hun ‘productie-inbreng’ is, en aan welke standaards die inbreng kan worden gebonden,
 - op welke wijze hun aansprakelijkheid wordt beperkt,
 - op welke wijze zij deelnemen aan het besturen van PP,
 - welke bevoegdheden daarbij aan PP kunnen en zullen worden gedelegeerd of gemandateerd (ook: hoe en wanneer kan worden beëindigd),
 - wat de doelen zijn die PP dient te verwezenlijken,
 - met welke rollen PP overeenkomsten kan aangaan om die doelen te bewerkstelligen,
 - hoe het lidmaatschap kan worden beëindigd, nieuwe leden kunnen toetreden,
 - hoe PP eventueel kan worden geliquideerd,
 - hoe over bovenstaande nadere afspraken kunnen worden gemaakt c.q. er nadere invulling aan kan worden gegeven.
- Welke diensten PP voor de leden verricht, waaronder in elk geval
 - het maken en aangaan van standaardcontracten met CSPs (inbreng van CSPs),
 - het maken en aangaan van standaardcontracten met Consumenten (eventueel: inbreng van Consumenten),
 - het maken en aangaan van standaardcontracten met PSPs (waar nodig: aanbesteden),
 - het maken en aangaan van standaardcontracten met Toeleveranciers (waar nodig: aanbesteden),
- Op welke wijze eventuele winsten of verliezen zullen worden verrekend, waarbij in elk geval
 - garantiestellingen voor verliezen door de leden (tot hoever),
 - winsten naar R&D (tot hoever),
 - bijstellen inbrengbedragen van CSPs en/of Consumenten

Bij het opstellen van de statuten moet rekening worden gehouden met het specifieke equilibriumvereiste als elders weergegeven in de formule, alsmede met de elders besproken legal requirements *LR (1)* t/m *LR (16)*.⁴

2.4.2 Contracten

Ten aanzien van de contracten gelden in zijn algemeenheid de requirements *LR (19)* t/m *LR (23)* als weergegeven in Deel III. Daarin zijn algemene vereisten geformuleerd omtrent contracten, hun standaardinhoud, over de zorg die aan formuleringen moet worden besteed in het licht van de wijze waarop contractbepalingen in juridische procedures worden gelezen, over de aandacht die moet worden besteed aan hoe wordt omgegaan met situaties waarin bepalingen niet worden nagekomen en over de zorg die moet worden besteed aan de inhoudelijke formulering van algemene voorwaarden – ook en met name waar de wederpartij een consument is. Vooralsnog ligt het voor de hand om onderscheid te maken tussen vijf soorten van contracten/overeenkomsten.

Type 1 Samenwerkingsovereenkomsten PP – SPs (institutioneel, tussen publiekrechtelijke partijen: SPs als ‘leden’).

In deze contracten worden afspraken gemaakt tussen PP en de toetredende SP. De kunst is om de afspraken zo te formuleren dat de dienst goed kan blijven functioneren. De PP zal de nodige eisen (en sancties) stellen die de legitimiteit van de dienst bewaken (bijvoorbeeld vereisten die voortvloeien uit het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, uit het intellectuele eigendomsrecht, uit het aanbestedingsrecht), die de kwaliteitsbewaking ondersteunen (logging) en die de flexibiliteit van de dienst bewaken (bijvoorbeeld ter ondersteuning van wijzigingen in de configuratie van providers). Voor deze contracten geldt dat ze de architectuur en de beoogde besturing van de dienst in afzonderlijke afspraken vastleggen, zonder dat onderscheid wordt gemaakt naar welke SP welke inhoudelijke rol speelt. Hier komen de eerste 16 requirements weer van pas.

Type 2 Standaardcontracten PP – (P)SPs (met publiekrechtelijke providers: SPs en evt. PSPs).

In deze contracten worden afspraken gemaakt tussen PP en de publiekrechtelijke providers (de SPs en evt. PSPs). De kunst is om de afspraken zo te formuleren dat de dienst kan functioneren, terwijl de inhoudelijke verantwoordelijkheid bij de providers komt te liggen in plaats van de PP, terwijl de PP de nodige standaarden stelt die nodig zijn voor de verschillende providers om hun taken te kunnen uitvoeren, terwijl PP de nodige eisen (en sancties) stelt die de legitimiteit van de dienst bewaken (bijvoorbeeld vereisten die voortvloeien uit het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, uit het intellectuele eigendomsrecht, uit het aanbestedingsrecht), die de kwaliteitsbewaking ondersteunen (logging) en die de flexibiliteit van de dienst bewaken (bijvoorbeeld ter ondersteuning van wijzigingen in de configuratie van providers). Voor deze contracten geldt dat ze de architectuur en de beoogde werking van de dienst in afzonderlijke afspraken vastleggen.

Type 3 Standaardcontracten PP – CSPs (met commerciële providers).

In deze contracten worden afspraken gemaakt tussen PP en de CSPs (waaronder eventueel de IP en de DAs). De kunst is om de afspraken zo te formuleren dat de dienst kan functioneren, terwijl de inhoudelijke verantwoordelijkheid bij de providers komt te liggen in plaats van PP, terwijl de PP de nodige standaarden stelt die nodig zijn voor de verschillende providers om hun taken te kunnen uitvoeren, terwijl de PP de nodige eisen (en sancties) stelt die de legitimiteit van de dienst bewaken (bijvoorbeeld vereisten die voortvloeien uit het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, uit het intellectuele eigendomsrecht, uit het aanbestedingsrecht), die de kwaliteitsbewaking ondersteunen (logging) en die de flexibiliteit van de dienst bewaken (bijvoorbeeld ter ondersteuning van wijzigingen

in de configuratie van providers). Voor deze contracten geldt dat ze de architectuur en de beoogde werking van de dienst, voorzover verzorgd door commerciële instituties, in afzonderlijke afspraken vastleggen, zonder dat onderscheid wordt gemaakt naar welke institutie een bepaalde rol speelt. De ene bank moet door de andere bank kunnen worden vervangen zonder dat er inhoudelijk een ander contract hoeft worden gemaakt. Dat betekent ook, dat deze standaardcontracten zodanig moeten zijn opgesteld dat er providers kunnen worden gevonden die willen deelnemen. Hier komen de eerste 16 requirements weer van pas.

Type 4 Standaardcontracten PP – C (consumenten).

In deze contracten worden de wederzijdse verplichtingen van consumenten en de dienst (PP) vastgelegd, waarbij PP ook namens de deelnemende instituties eisen formuleert. Met name zijn hier van belang het consumentenrecht en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Toestemming zal in elk geval expliciet moeten worden gevraagd voor het bewerken en bewaren van die gegevens ten behoeve van de taken van de deelnemende instituties.

Type 5 Ad hoc contracten PP – Toeleveranciers.

Contracten met – bijvoorbeeld – ICT ontwikkelaars zijn geen standaardcontracten. Vragen van intellectuele eigendom, van compliance en van aanbestedingsrecht zijn hier veelvuldig aan de orde. Bij deze contracten moet grote aandacht worden besteed aan het formuleren van de functionele en de technische eisen te stellen aan het gevraagde product, alsmede aan de ‘service levels’ die ze aankunnen. Omdat dit aspect niet bij de opdracht behoort besteed ik er verder geen aandacht aan.

Met behulp van bovengenoemde typen standaardcontracten kan in beginsel alles wat nodig is voor PP worden geregeld. Waar verder mee moet worden gerekend zijn de dwingendrechtelijke eisen die sommige rechtgebieden opleggen. In de laatste paragraaf besteed ik daaraan enige aandacht.

2.5 Welke juridische mogelijkheden/beperkingen?

Privaatrecht

- *Omdat het aannemelijk is dat het niet voldoen aan deze afspraken schadelijk zal kunnen zijn voor de overige partijen in de dienst moeten afspraken worden gemaakt over het toezicht.*
- *De privaatrechtelijke afspraken tussen overheidsdiensten onderling en tussen overheidsdiensten en commerciële partners geven een extra, buitenpubliekrechtelijk kader om die taak in gezamenlijkheid te verwezenlijken.*
- *Het is niet mogelijk om via privaatrechtelijke afspraken dwingendrechtelijke bestuurlijke voorschriften te ontgaan. Hieraan moet met name aandacht worden besteed waar het gaat om afspraken welke delegatie en mandatering van bevoegdheden aan PP en/of aan CSPs inhouden.*

Aanbesteding

- *Aanbestedingsrecht is dwingend voor PP en voor SPs.*

Mededinging

- *Het mededingingsrecht (ook over verboden staatssteun) is van belang waar PP de mogelijkheid biedt aan CSPs om toegang te krijgen tot de markt die gebruikers vormen. PP mag daarbij niet discrimineren en moet transparant en objectief formuleren en handelen.*

Internationaal privaatrecht

- *Contract moeten expliciet naar Nederlands recht worden gelezen en eventuele conflicten door de Nederlandse rechter worden beslecht. Zie ook LR (21).*

Toepasselijk bestuursrecht

- *Op SPs toepasselijk bestuursrecht is vooral van belang met betrekking tot de vraag welke bevoegdheden kunnen worden gemandateerd c.q. gedelegeerd aan PP en/of de andere deelinstituties van PP.*
- *Op SPs toepasselijk bestuursrecht is ook van belang met betrekking tot de vraag welke informatie (wederzijds) kan worden gedeeld, waartoe en onder welke voorwaarden.*

Archiefwet/Wob

- *Voor de (publiekrechtelijke) coöperatie zijn de bepalingen van de archiefwet en de Wob van toepassing. Deze noem ik hier pro memorie omdat ze eisen stellen aan de administratie en de toegang daartoe die bij de deelnemende overheidsdiensten overigens bekend zijn en verder geen belemmering hoeven te vormen. Voor zover PP zelf (al dan niet digitaal) documenten ontvangt, verwerkt en uit doet gaan moet de coöperatie hiermee rekenen.*

Privacy

- *Rekening dient te worden gehouden met de vraag of door PP/de coöperatie zelfstandig persoonsgegevens zullen worden verwerkt. Aannemelijk is dat dit zal gebeuren bij het uitoefenen van haar taken, dwz bij het houden van toezicht op het nakomen van de gemaakte (al dan niet statutaire) afspraken. In dat licht moet ofwel in de statuten, ofwel in een bijzondere bijlage over de verwerking van persoonsgegevens uitdrukkelijk worden overeengekomen welke persoonsgegevens door PP voor welk doel mogen worden verwerkt en bewaard.*
- *Een en ander houdt in dat helderheid wordt geschapen over wie de verantwoordelijke zal zijn voor de verwerking van de persoonsgegevens door PP, wie de bewerker zal zijn (en aan welke voorwaarden hij zal moeten voldoen), of er een functionaris voor de bescherming van de persoonsgegevens zal zijn en zo ja wie die rol zal spelen, voor welk doel de gegevens mogen worden verwerkt, hoelang ze moeten worden bewaard, hoe inzage en correctiemogelijkheden worden geïmplementeerd en op welke wijze ondubbelzinnige toestemming voor deze verwerking zal worden gevraagd van de consumenten.*

Telecommunicatie

- *Alleen van toepassing indien een SP/CSP, als delivery agent, een openbare communicatiedienst aanbiedt.*

Intellectuele eigendomsrechten

- *Intellectuele eigendomsrechten hebben verschillende eigenaardigheden die in toenemende mate aan het licht treden in de informatiemaatschappij. Om te beginnen vormen ze een risico wanneer ze berusten bij partijen die geen deel uitmaken van het PP-consortium omdat rechthebbenden het verveelvuldigen, openbaarmaken en gebruiken van werken waarop intellectuele eigendom rust domweg kunnen verbieden en daarmee in het ergste geval de hele dienst kunnen stilzetten. Problematisch bij het auteursrecht kan zijn dat op vrijwel alles wat audiovisueel van aard is auteursrechten worden gevestigd door het enkele maken ervan – veel creativiteit wordt voor bescherming niet vereist. In dat licht verdient het aanbeveling om ook al bij toetreding van (C)SPs tot de coöperatie af te spreken dat alles wat zij aan audiovisueel materiaal aanleveren, aan modellen, aan computerprogramma's, aan documentatie en dergelijke aan de coöperatie ter gebruik wordt gelicentieerd en dat de coöperatie wordt gevrijwaard door de (C)SP voor aanspraken van derden op intellectuele eigendomsrechten op materiaal dat door de (C)SPs wordt aangeleverd. Hoewel het in het algemeen voor de hand lijkt te liggen om intellectuele eigendomsrechten van overheidsorganen onder een GPL (general public license - vrij voor gebruik in het publiek domein) ter beschikking te stellen is dat lang niet altijd mogelijk, bijvoorbeeld in het kader van publiek private samenwerking.*

2.6 Conclusies

- Voor de juridische vormgeving van PP komt de publiekrechtelijk bestuurd coöperatie waarvan de deelnemende bestuursdiensten de leden zijn het eerst in aanmerking;
- Statuten en standaardcontracten met deelnemende bestuursdiensten, met deelnemende commerciële dienstverleners en met gebruikers kunnen PP vergaand naar de wensen van de deelnemende instituties modelleren – daarbij verdient het aanbeveling met de 'legal requirements als opgezond in Deel III rekening te houden;
- Het mededingingsrecht en het aanbestedingsrecht leggen beperkingen op aan de wijze waarop tussen bestuursdiensten en marktpartijen afspraken kunnen worden gemaakt. Daarom ook is de publiekrechtelijk bestuurd coöperatie aanbevolen;
- Het op publiekrechtelijke deelnemers toepasselijke bestuursrecht (en het aldaar gevormde beleid) kunnen beperkingen opleggen aan de voor een goede werking van PP noodzakelijke mandaterings- en delegatiebesluiten. Daarmee moet uitdrukkelijk worden gerekend;
- Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer kan wel, maar hoeft geen belemmering te zijn voor PP – er moet wel nadrukkelijk rekening mee worden gehouden (toestemming, doelbinding e.d.);

- Het recht op intellectuele eigendom hoeft geen belemmering te zijn voor PP – er moet wel nadrukkelijk rekening mee worden gehouden (vrijwaring, licentiëring e.d.)

Deel II

Verantwoording en analyse

3 Institutionele analyse

Uitgangspunt van B-dossier is aan te sluiten op de behoefte van de beoogde gebruiker en te streven naar diens vertrouwen. Dat neemt niet weg dat er tevens belangen en aspiraties spelen bij de organisaties die aan het project deelnemen en die de actoren vertegenwoordigen die een rol spelen aan de dienstkant van PortNL (ruwweg: overheidsdiensten en bedrijven) of die streven naar kennisvermeerdering (wetenschappelijke instituten).

Om zicht te krijgen op de juridische haken en ogen die bij PortNL spelen is het nodig een globaal overzicht op te stellen van de taken die zullen worden uitgevoerd en onder wiens (al dan niet gedeelde) verantwoordelijkheid. Omdat de uiteindelijke organisatorische structuur van PortNL op dit moment nog niet vast ligt maak ik eerst een *voorlopige* taak-vereistenschets, dat wil zeggen, een schets van de taken die worden voorzien en, daaraan gerelateerd, van de betrokken instituties en hun onderlinge afhankelijkheden. Het overzicht begint als een lijstje, ontwikkelt zich tot een tabel en krijgt tenslotte de vorm van een use-case diagram.⁵ Het is mede ontleend aan producten die B-dossier tot nu toe heeft opgeleverd.⁶

3.1 Functionaliteiten van PortNL

Aanvankelijk werden de volgende (te ontwerpen) functionaliteiten onderscheiden (ontleend aan [2]):

Vraagverheldering: Het doel van de vraagverhelderingsmodule is om in dialoog te komen tot een wederzijds begrip van de vraag van de klant.

Verhalenmachine: De verhalenmachine geeft de gebruiker de gelegenheid zich eenvoudiger te herkennen in de geboden informatie en diensten, en krijgt hierdoor eenvoudiger begrip wat de informatie en diensten voor hem kunnen betekenen.

Identiteitsmanagement: Het doel van het ontwerp is om de gebruiker te ondersteunen bij het beheer van de verschillende identiteiten die nodig zijn om diensten af te nemen. Door deze ondersteuning zal de administratieve last van het beheer van de identiteiten voor de gebruiker worden verminderd.

Privacymanagement: Doel van het ontwerp is om gebruikers meer inzicht te geven in het gebruik van gegevens door dienstverleners, en daar waar mogelijk meer controle uit te laten oefenen op het gebruik van gegevens door expliciet toestemming te verlenen voor gebruik (informed consent).

Communicatie: Het doel van het ontwerp is om de gebruiker te ondersteunen bij de communicatie met de dienstverlener. Hierbij kan onderscheid gemaakt worden tussen berichten van expat naar dienstverlener en vice versa.

Ontsluiting van bronnen: Het doel van het ontwerp is diensten van derden te ontsluiten binnen de expat portal op basis van de behoefte van de gebruiker en de functionaliteit van de dienst.

Semantic gateway: Het doel van het ontwerp is om de taalkundige verschillen in de terminologie van dienstverleners te identificeren en ontrafelen om zodoende de dienstverlening optimaal af te kunnen stemmen op de gebruiker.

Stappenplan: Het ontwerp moet de samenstelling van persoonlijke stappenplannen vereenvoudigen en de gebruiker inzicht geven in de te doorlopen stappen.

Tracking en tracing: Deze functionaliteit biedt de actor ondersteuning bij tijdige uitvoering van stappen in een stappenplan en inzage in de voortgang.

e-Participatie: Ondersteuning van het uitwisselen van informatie en tips tussen gebruikers, en het commentariëren van dienstverlening in een geïntegreerd portaal.

Opmerkelijk is dat de hoofdfunctie van PortNL niet in het lijstje van [2] voorkomt:

Dienstverlening: de hoofdfunctie van PortNL is het (bemiddelen bij het) aanbieden van een palet met publieke en private diensten, gericht op expats die een tijd in Nederlands gaan werken.

De genoemde 11 functionaliteiten geven goed weer met welke ambitie het werk aan B-dossier/PortNL is aangevangen.

3.2 Rollen en hun activiteiten in PortNL

Een juridische kernvraag is of achteraf kan worden vastgesteld wie in een bepaalde situatie waartoe verplicht was. Die vraag vooronderstelt dat er verantwoordelijke (rechts)personen kunnen worden aangewezen en dat kan worden opgehelderd tot welke activiteiten ze verplicht waren. Een en ander betekent dat de juridische architectuur van PortNL bekend moet zijn voordat een juridische analyse kan worden gemaakt. Omdat die juridische architectuur op het moment van schrijven nog niet bekend is, zal ik in het vervolg eerst op zoek gaan naar enkele voor de hand liggende ondernemingsrechtelijke scenario's, om daarna aandacht te geven aan de andere juridische randvoorwaarden.

Activiteiten en functionaliteiten hebben met elkaar te maken. Eigenlijk gaat het om dezelfde materie die vanuit verschillend gezichtspunt worden benoemd. Bij 'functionaliteiten' gaat het om de beschrijving vanuit een makersperspectief wat moet kunnen, bij 'activiteiten' gaat het om hetzelfde, maar dan vanuit juridisch perspectief - vanuit de vraag wie er (mede) verantwoordelijk voor was.

De eerdergegeven lijst met 11 functionaliteiten is niet erg behulpzaam bij het begrijpen van de beoogde juridische architectuur van de dienst, of bij het onderscheiden van verantwoordelijkheden, of bij het inzichtelijk maken van het bedrijfsmodel dat zal worden gehanteerd. Vanuit die optiek is een vervolgbeschrijving gegeven die aan deze bezwaren goeddeels tegemoet komt [3] en waaraan ik het overzicht in Tabel 1 grotendeels ontleende. Als eerste stap op weg naar een juridisch begrip van PortNL onderscheid ik daarmee de rollen die er gespeeld worden met het oog erop dat ze later zullen kunnen worden gerefereerd aan verantwoordelijke (rechts)personen. (In het vervolg zal ik veelvuldig gebruik maken van de in Tabel 1 gegeven afkortingen om naar rollen te refereren).

Rol	Activiteiten
Consumer (C)	De eindgebruiker. <i>Neemt</i> PortNL services (diensten) <i>af</i> van service providers via delivery agents. <i>Authenticeert zich</i> desgewenst.
PortNL provider (PP)	De PortNL provider exploiteert <i>PortNL</i> . PortNL legt o.a. <i>koppelingen</i> met <i>diensten van derden</i> , de zogenaamde Service providers.
Identity provider (IP)	<i>Verifieert</i> en <i>bewaakt</i> de <i>identiteit</i> van de gebruikers, providers en delivery agents. <i>Koppelt</i> met <i>PortNL</i> .
Service provider (SP)	Service providers verlenen specifieke diensten (<i>PortNL services</i>), zoals het verkrijgen van een bankrekening of de aanvraag van een werkvergunning.
PP als service provider (PSP)	De PortNL provider in een dubbelrol: ook als zelfstandig service provider (PSP is PP als SP).
Delivery agent (DA)	De delivery agent <i>levert</i> de diensten <i>af</i> die door de PortNL provider aangeboden worden. De Delivery agent kan een gemeente zijn die PortNL onderdeel heeft gemaakt van haar website, of een portal die PortNL direct aanbiedt. De Delivery agent <i>ontsluit</i> (een of meer exemplaren van) PortNL.

Tabel 1: Rollen en taken bij PortNL

Eigenlijk heb ik, uitgaande van [3], maar één bijzonderheid aan de tabel toegevoegd: de rol van PortNL provider als service provider (PSP). Uitgangspunt van B-dossier is immers dat geprobeerd wordt om PortNL als dienst zoveel mogelijk te beperken tot intermedierende, niet-materiële functionaliteit. Het blijft evenwel tot de mogelijkheden behoren dat PortNL ook zelf inhoudelijke diensten gaat leveren aan consumenten (bijvoorbeeld: verhalenmachine, stappenplannen). Vanuit de juridische analyse is het dan verstandig om in de gaten te houden dat de PortNL provider alsdan een dubbelrol speelt, als PortNL provider en als Service Provider. Dat onderscheid is vermoedelijk van belang voor de vereisten die er aan de benodigde overeenkomsten en exonerationen, misschien zelfs aan de ondernemingsrechtelijk vormgeving moeten/kunnen/zullen worden gesteld.

Al met al worden er 6 rollen onderscheiden. Vanzelf spreekt natuurlijk dat in één PortNL configuratie er meerdere spelers kunnen zijn die een rol spelen. Zo zijn er hopelijk meer dan één **C** en meer dan één **SP**, en mogelijk zelfs meer dan één **IP** en/of **DA**. Ik zal in deze rapportage trachten de juridische analyse beperkt te houden, onder meer door te zoeken naar juridische vereisten die voor rollen gelden, en niet voor individuele spelers.

3.3 Activiteiten en hun (mede)verantwoordelijke rollen

In Tabel 1 heb ik die rollen eerst in verband gebracht met de taken waarvan ik intuïtief verwacht dat de rollenspelers er (mede) verantwoordelijk voor zullen zijn in het kader van PortNL *in actie*. Daarbij heb ik de 11 functionaliteiten ‘ingedikt’ tot 7 activiteiten, die in Tabel 1 cursief werden aangeduid. Wanneer we ervan uitgaan dat voor het professioneel

aanbieden van een PortNL dienst tenminste de zeven genoemde activiteiten behoren heeft het zin om de ordening van Tabel 1 om te draaien, en uit te gaan van die activiteiten, om daarmee in verband te brengen welke rollen voor de goede uitvoering ervan mede verantwoordelijk zijn. Ik heb dit gedaan in Tabel 2.

Opmerkelijk is dat *alle* rollen bij *elke* activiteit verantwoordelijkheden hebben, hetzij direct hetzij indirect. De indirecte verantwoordelijkheden heb ik weergegeven tussen vierkante haken. De eerste regel uit die tabel zou als volgt kunnen worden gelezen:

- voor het afnemen van een PortNL service is een directe overeenkomst nodig tussen een consument (C) en een SP (eventueel PSP). Dat neemt niet weg, dat de verwezenlijking van wat in die overeenkomst wordt afgesproken via een PortNL configuratie verloopt en daarmee indirect samenhangt met afspraken waarin de relevante activiteiten en verantwoordelijkheden van de DA, de IP en van PP zijn vastgelegd.

Activiteiten	Betrokken rollen
<i>Afnemen PortNL service</i>	C, SP/PSP, [DA, IP, PP]
<i>Aanbieden PortNL service</i>	SP/PSP, [C, DA, IP, PP]
<i>Authenticeren</i>	IP, [C, DA, SP/PSP, PP]
<i>Verifiëren en bewaken identiteit</i>	C, IP, SP/PSP, [DA, PP]
<i>Leggen van koppelingen tussen PortNL services</i>	PP, DA, SP/PSP, IP, [C]
<i>Afleveren PortNL services</i>	DA, SP/PSP, [IP, PP, C]
<i>Aanbieden PortNL aan SP/PSP</i>	PP, [SP/PSP, DA, IP, C]

Tabel 2: Activiteiten en verantwoordelijke rollen bij de exploitatie van PortNL

In deze trant moeten ook de overige regels in Tabel 2 worden gelezen.

- voor het aanbieden van een PortNL service volstaat een openbaar aanbod tot het verlenen van een dienst door de SP (eventueel PSP). Dat neemt niet weg, dat de verwezenlijking van wat wordt aangeboden via een PortNL configuratie verloopt en daarmee indirect samenhangt met afspraken waarin de relevante activiteiten en verantwoordelijkheden van de C, de DA, de IP en van PP zijn vastgelegd.
- voor het authenticeren van een C, DA, SP/PSP en/of PP is een directe, institutionele bevoegdheid nodig van een bijzondere dienstverlener (IP). Dat neemt niet weg, dat de verwezenlijking van die bevoegdheid via een PortNL configuratie verloopt en daarmee indirect samenhangt met afspraken waarin de relevante activiteiten en verantwoordelijkheden van de de C, de DA, de IP en van PP zijn vastgelegd.
- voor het verifiëren en bewaken van identiteiten is een directe overeenkomst nodig tussen een consument (C), een IP en PP. Dat neemt niet weg, dat de verwezenlijking van wat in die overeenkomst wordt afgesproken via een PortNL configuratie verloopt en daarmee indirect samenhangt met afspraken waarin de relevante activiteiten en verantwoordelijkheden van de DA, en de SPs/PSP zijn vastgelegd.

- voor het leggen van koppelingen tussen PortNL services is een directe overeenkomst nodig tussen PP, IP, SPs/PSP en DAs. Dat neemt niet weg, dat de verwezenlijking van wat in die overeenkomst wordt afgesproken via een PortNL configuratie verloopt en daarmee indirect samenhangt met afspraken waarin de relevante activiteiten en verantwoordelijkheden van de C zijn vastgelegd.
- voor het afleveren van PortNL services is een directe overeenkomst nodig tussen PP en DA(s). Dat neemt niet weg, dat de verwezenlijking van wat in die overeenkomst wordt afgesproken via een PortNL configuratie verloopt en daarmee indirect samenhangt met afspraken waarin de relevante activiteiten en verantwoordelijkheden van de IP, de SPs/PSP en van de C zijn vastgelegd.
- voor het aanbieden van PortNL aan SPs/PSP is een directe overeenkomst nodig tussen een PP en SPs/PSP. Dat neemt niet weg, dat de verwezenlijking van wat in die overeenkomst wordt afgesproken via een PortNL configuratie verloopt en daarmee indirect samenhangt met afspraken waarin de relevante activiteiten en verantwoordelijkheden van de DA, de IP en van de C zijn vastgelegd.

Wat uit dit overzicht naar voren komt is dat er meerdere overeenkomsten moeten worden gesloten tussen de partijen. In aanmerking nemend dat PortNL een dynamische configuratie van diensten betreft, dat wil zeggen dat er partijen kunnen toetreden en afhaken, houdt dit in dat niet alleen rekening moet worden gehouden met de betekenis die het afhaken van één partij (bijvoorbeeld de IP) kan hebben voor het voortbestaan van het geheel, maar ook (om een onoverzichtelijk, spaghetti-achtig netwerk van overeenkomsten te voorkomen) dat het aanbeveling verdient een en ander neer te leggen in standaardcontracten waarvan de aanvaarding een voorwaarde is voor de toelating van aspirant deelnemers.

3.4 Diensten en dienstverleners (rollen)

Misschien valt beter zicht te krijgen op het aantal verschillende standaardcontracten dat nodig zal zijn wanneer we de functionaliteiten als bovenbeschreven toedelen aan hun primair en materieel verantwoordelijke rollen. Ik geef een overzicht in Tabel 3.

Door de enkele poging zo'n indeling te maken treden drie aspecten naar voren. Ten eerste dat er waarschijnlijk onderscheid moet worden gemaakt tussen publiekrechtelijke en commerciële service providers omdat het maken van afspraken met spelers van het publiekrechtelijke type juridisch nu eenmaal iets anders verloopt dan met commerciële partners. Ten tweede dat er vragen kunnen worden gesteld bij de toedeling van de identiteitsmanagementfunctie (wat iets anders inhoudt dan de authenticatiefunctie) aan een IP-dienst in plaats van aan de PortNL provider. Identiteitsmanagement kan heel verschillend zijn voor de verschillende SPs, terwijl het onwenselijk is om een gebruiker steeds te confronteren met identificatieprotocols, zodra hij van de ene dienstverlener naar de andere 'springt.' Vermoedelijk moet identiteitsmanagement om redenen van efficiëntie worden toegedeeld aan de PP (die zijn identiteitsmanagementfuncties dan eenmalig inricht op basis van gemaakte afspraken met SPs). Hetzelfde geldt voor de Privacymanagementfunctie

Diensten en materieel verantwoordelijke rollen
SP-diensten (publiekrechtelijk): Verkrijgen/verlenen verblijfsvergunning, werkvergunning, ...
CSP-diensten (commerciële SP-diensten): Verkrijgen/verlenen huisvesting, verzekeringen, gezondheidszorg, scholing, bankdiensten, culturele diensten, telefoon/internet, fiscaal advies, juridisch advies, ...
PSP-diensten : Identiteitsmanagement, Privacymanagement, Vraagverheldering, Verhalenmachine, e-Participatie, Communicatie, Semantic gateway, Stappenplan, Tracking en tracing, Ontsluiting bronnen, ...
IP-diensten : Authenticatie, ...
DA-diensten : Levering PortNL diensten, ...
PP-diensten : Koppeling, coördinatie, standaardisatie, governance, toegang SPs/PSPs/IPs/DAs, ...

Tabel 3: Diensten/functionariteiten en materieel verantwoordelijke rollen

(dit is het derde aspect). Een en ander houdt in dat privacymanagement en identiteitsmanagement onderwerp dienen te zijn van de contracten tussen PP en alle andere rollen.

3.5 Juridische typeringen van de rollen (de mogelijkheden)

Juridisch zijn er verschillende regimes voor verschillende soorten rollen. Met het oog op de eerder geïnventariseerde rollen en taken kan worden verwacht dat de volgende juridische spelers aan PortNL zouden kunnen deelnemen: bestuursorganen, instituties van publiek-private samenwerking (PPS), commerciële rechtspersonen (NV, BV, coöperatie), ideële rechtspersonen (niet-gouvernementele organisaties, doorgaans als stichting), professionals (maatschap, ZZP) en consumenten. In tabel 4 geef ik aan welke juridische rollen in aanmerking komen voor welke PortNLspelers:

	C	IP	PP	PSP	SP	CSP	DA
Bestuursorgaan		?	?	?	!		?
PPS-institutie		?	?	?	?	?	?
Commerciële rechtspersoon	?	?	?	?	!	!	!
Ideële rechtspersoon (NGO)	?	?	?	?	!	!	?
Professional	?					!	
Consument	!						

Tabel 4: PortNL rollen en juridische rollen

In Tabel 4 is met een uitroepteken aangegeven welke ondernemingsrechtelijke vormen voor de hand liggen voor welke PortNL-rollen. Met een vraagteken is aangegeven welke ondernemingsrechtelijke vormen ook in aanmerking komen. Waar de cellen zijn leeg gelaten neem ik aan dat de betreffende juridische vorm niet in aanmerking komt voor de betreffende PortNL-rol. Zo kunnen bestuursorganen niet optreden als consument of als commerciële dienst aanbieder. Door per kolom te kijken wordt duidelijk dat voor

alle rollen een keuze zou moeten worden gemaakt, alvorens kan worden toegekomen aan de identificatie van verdere juridische voorwaarden. Zo kan C zich in zijn relatie tot PortNL laten vertegenwoordigen door een professional, een NGO of een commerciële rechtspersoon.

Laat ik hier kort in grote lijnen aangeven welke de belangrijkste verschillen zijn die samenhangen met de verschillende ondernemingsrechtelijke vormen (het navolgende overzicht is gebaseerd op een interne notitie van mr. Martijn Linnartz, AIO bij eLaw@Leiden).

Bestuursorganen handelen op basis van hun wettelijke taak. Ze dienen zich te houden aan de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en, daarmee, aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Hun aansprakelijkheid voor fouten is geregeld in administratiefrechtelijke wetten en wordt aangevuld met de aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad, een rechtsmiddel dat veelal beperkte mogelijkheden biedt aan klagers. Bestuursorganen zijn aanbestedingsplichtig.

PPS-instituten zijn rechtspersonen (of anderszins op overeenkomst gebaseerde samenwerkingsverbanden) waarin bestuursorganen en privaatrechtelijke (rechts)personen samenwerken om een in beginsel niet-bestuurlijke taak uit te voeren. PPS-constructies hebben de eigenschap dat langs civielrechtelijke weg verplichtingen kunnen worden aangegaan door bestuursorganen. Omdat bestuursorganen zich hoe dan ook aan het bestuursrecht behoren te houden biedt deze rechtsvorm de mogelijkheid om *additionele* civielrechtelijke verplichtingen voor bestuursorganen te creëren, waarmee de rechtspositie van de deelnemende privaatrechtelijke partijen contractueel kan worden verstevigd. Voor in PPS-constructies deelnemende bestuursorganen geldt daarmee de zogenoemde tweewegenleer (bestuursrecht plus privaatrecht). PPS-constructies zijn aanbestedingsplichtig wanneer de zeggenschap of de financiële bijdrage van de deelnemende bestuursorganen meer dan 50% bedraagt.

Commerciële rechtspersonen worden doorgaans in het leven geroepen om de aansprakelijkheden van bestuurders en aandeelhouders te kunnen beperken (en om fiscale-, openbaarheids- en *governance*-regels te stellen) van bedrijven die met winstoogmerk opereren. Tegenover consumenten is hun bewegingsruimte bij het contractueel uitsluiten van aansprakelijkheden wettelijk beperkt. Aansprakelijkheid voor opzet of grove schuld (ook van een legitiem namens de rechtspersoon optredende medewerker of bestuurders) kan niet contractueel worden uitgesloten.

Ideële rechtspersonen zijn juridisch vergelijkbaar met commerciële, met dien verstande dat het gaat om organisaties *zonder* winstoogmerk (of met een ideëel doel). Voor stichtingen kunnen bijzonder fiscale regels gelden of regelingen worden getroffen.

Professionals zijn beroepsbeoefenaren (en dus geen consumenten) die, ook wanneer ze opereren in een maatschap, hoofdelijk aansprakelijk zijn voor beroepsfouten, waartegen ze doorgaans zijn verzekerd.

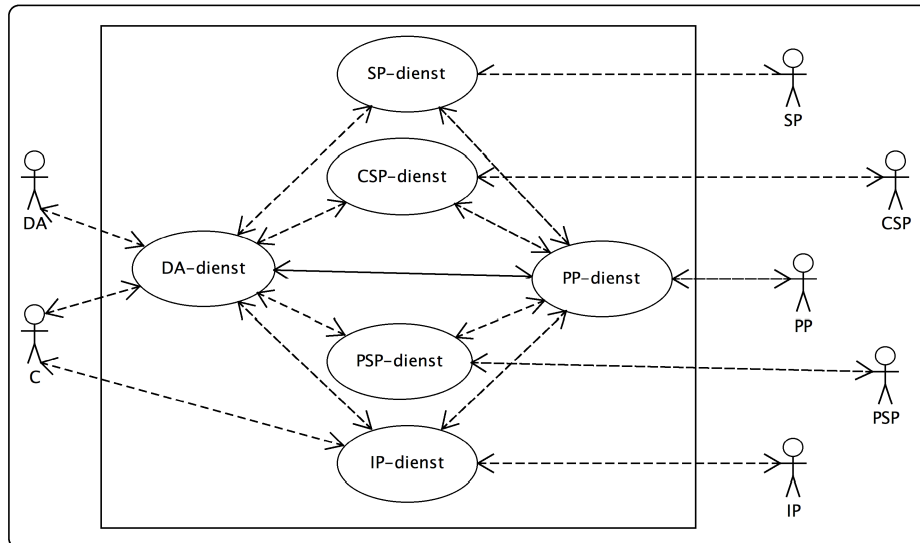
Consumenten zijn individuele dienstafnemers die in hun relaties met privaatrechtelijke rechtspersonen en/of professionals worden beschermd door het consumentenrecht.

Uit een en ander kan worden afgeleid dat er een nogal omvangrijk aantal mogelijkheden voorligt om PortNL institutioneel vorm te geven. Omdat het nodig is dat relevante keuzen

worden gemaakt voordat verdere juridische vereisten kunnen worden besproken las ik een tentatieve (want geenszins juridische) beleidsanalyse in waarin ik keuzen maak die de grondslag worden voor juridische gedachtenvorming.

3.6 Naar twee scenario's

Het is mijn bedoeling om niet meer dan twee scenario's te kiezen waaraan ik de verdere juridische vereisten verbind. Om die keuzes te kunnen maken moet iets als een beleidsanalyse worden uitgevoerd. Ik maak een begin aan de hand van Figuur 1 waarin ik intuïtief de afhankelijkheden aangeef tussen de PortNL-rollen en de PortNL-diensten.



Figuur 2: Aangepast en gegeneraliseerd Use Case diagram voor PortNL

Figuur 2 geeft een aangepast (in de zin dat er een juridische interpretatie aan wordt gegeven) en gegeneraliseerd (in de zin dat de use cases diensten zijn en geen eenvoudige functies) Use Case diagram voor PortNL in actie.

Het buitenste raamwerk van de figuur omlijnt de ruimte voor civielrechtelijke afspraken. Het is vanuit juridisch gezichtspunt onze probleemruimte. Afspraken zijn nog niet weergegeven. Welke configuraties van afspraken in aanmerking komen voor nadere aandacht is nog onbekend en het doel van de voorliggende analyse.

Het binnenste raamwerk geeft aan dat binnen de juridische probleemruimte een uitsnede is gemaakt, waarbinnen de uitvoering van de (nader te definiëren) afspraken in de vorm van

geautomatiseerde diensten vorm krijgt. Voor elk *type* dienst is één use case gereserveerd (als ovaal). De use cases van Figuur 2 zijn typen van geautomatiseerde functies/diensten. Use cases (functies) zijn in deze voorstelling van zaken noch personen, noch rechtspersonen. Ze kunnen als zodanig geen drager zijn van verantwoordelijkheden. Die eigenschap moet worden toegeedeeld aan de PortNL-rollen. De PortNL-rollen bevinden zich in de ruimte voor civielrechtelijke afspraken. Ze zijn weergegeven als poppetjes.

Afhankelijkheden zijn weergegeven als pijlen. Meestal zijn afhankelijkheden wederzijds of wederkerig. Afhankelijkheden kennen doorgaans een parallelle interpretatie als verantwoordelijkheden, maar dan in omgekeerde richting. Wanneer A afhankelijk is van B is het doorgaans zo dat B een verantwoordelijkheid heeft jegens A. Gelet op het onvermogen van use cases om verantwoordelijkheid te dragen moeten de verantwoordelijkheden die gelden tussen use cases, of van use cases voor rollen, worden gedragen door rollen. Daaraan kan uitdrukking worden gegeven in contracten tussen rollen over de prestaties die de functies onder hun verantwoordelijkheid en onder afgesproken condities zullen leveren.

Het gaat, wanneer we naar Figuur 2 kijken natuurlijk om een enorme baaierd aan verschillende contractuele mogelijkheden. Dat komt misschien ook omdat geprobeerd is er geen duidelijke hiërarchische verhoudingen in te verwerken: iedereen moet afspraken maken met iedereen. Figuur 2 geeft daarmee een uiterste weer en ik aanvaard het, voorlopig, als eerste scenario om juridische analyses mee te verbinden. Een tweede scenario wordt dan gezocht door het aantal contractuele mogelijkheden in te perken. Die inperking moeten we wel langs rationele weg zien te bereiken.

3.7 Enkele ‘natuurlijke’ criteria voor de goede werking van instituties

Daartoe is het goed om een kleine verzameling criteria te benoemen welke een rol spelen bij de beoogde inperking van de mogelijkheden. Omdat we nog maar een vaag beeld hebben over de institutionele inrichting van PortNL opteer ik voor een generieke aanpak die ik ook in [1] heb toegepast.

Daarbij ga ik ervan uit dat PortNL kan worden gezien als een institutie, een sociaal systeem.⁷ Als zodanig heeft PortNL een interne structuur (is samengesteld uit instituties van lager niveau, in casu de IP-, de PP-, de PSP-, de SP- en de CSP-diensten) en maakt deel uit van een externe structuur (maakt deel uit van institutiehiërarchieën, bijvoorbeeld de Nederlandse staat), en heeft laterale relaties met externe instituties, bijvoorbeeld de bestuursdiensten die *niet* meedoen, de markt voor expat-diensten en de groep van aspirant expats (C) die ik hier voor het gemak ook als een institutie opvat. De overlevingskansen van PortNL hangen dan af van de mate waarin deze drie klassen van instituties (respectievelijk: deelinstituties, bovengeschiedte instituties en neveninstituties) worden gemotiveerd om constructief bij te dragen. Rationeel gezien hangen de overlevingskansen van PortNL⁸ dan af van drie dingen die ik korthedshalve als volgt aanduid: loyaliteit, commitment en meerwaarde.

In de klassieke rationaliteitsbenadering gaat het dan om wederkerigheid, dat wil zeggen om het gezichtspunt van waaruit transacties van instituties met PortNL aan de instituties meer opleveren dan ze kosten. Dit is de (constructieve) rationaliteit van de wederkerigheid (die ten grondslag ligt aan het economisch denken in termen van commerciële

marktwerking). Maar deze wederkerigheid kan maar een deel (zij het een belangrijk deel) van menselijke interacties verklaren. Dat dwingt ons om ook te rekenen met een ander-soortig perspectief, dat van de (destructieve) rationaliteit van het ressentiment (die ten grondslag ligt aan het juridisch/economische denken in termen van vergelding en – in een soms mildere vorm – van ‘verdelende’ rechtvaardigheid).⁹ Met andere woorden: een rationele benadering van de voorwaarden voor loyaliteit, commitment en wederkerigheid vooronderstelt aandacht voor zowel commerciële als ideële motieven welke in concrete situaties kunnen uitmonden in waarderingen van respectievelijk de wederkerigheid en het ressentiment welke aan (een reeks van) transacties worden verbonden.

Loyaliteit

Loyaliteit gaat over de interne stabiliteit van PortNL, zoals die kan worden gerelateerd aan de bereidheid van de deel-instituties (IP, PP, PSP, SP, CSP) om zonder ressentiment en constructief aan PortNL deel te nemen (en te blijven deelnemen). Ik neem aan dat deze loyaliteit samen hangt met genoemde motiveringsvereisten.

- *Wederkerigheid.* Wanneer we aannemen dat PortNL staat voor het geheel waaraan door de deelnemende instituties wordt deelgenomen, is de loyaliteit van de deelnemende instituties in belangrijke mate afhankelijk van de relatieve meerwaarde die hun deelname aan PortNL oplevert, gezien vanuit de situatie waarin ze individueel opereren. Voor alle deelnemende instituties zullen daarbij overwegingen van kosten, baten, betrouwbaarheid en kwaliteit een rol spelen. Met andere woorden: PortNL moet zodanig vorm krijgen, dat elke deelnemende institutie er rationeel voordeel bij heeft. Voor commerciële instellingen gaat het daarbij om winstmaximalisatie met behoud of verbetering van reputatie en of marktpositie, en met oog voor risicominimalisering. Voor bestuursdiensten gaat het om nog doelmatiger en doeltreffender uitoefening van hun wettelijke taken, binnen de daartoe gestelde budgetten, en eveneens met oog voor reputaties en (ook politieke) risico's.

LR (1) De juridische vormgeving van PortNL dient hieraan ondergeschikt te zijn. In elk geval zullen de verschillende 'kosten', 'baten', 'ambities en risico's' transparant moeten worden verwerkt in contracten en in administratieve processen, om constructief op dreigende motiveringsproblemen te kunnen reageren.

- *Ressentimenten.* Uitgaande van het streven naar een vitaal PortNL moet rekening worden gehouden met (1) destructief gemotiveerde deel-instituties die toch willen deelnemen en (2) aanvankelijk constructief gemotiveerde deel-instituties wier voor-naamste motivering is omgeslagen van constructief naar destructief. In het eerste geval wordt PortNL vanuit de deelinstitutie wellicht opgevat als een bedreiging die het best van binnenuit onder ogen kan worden gezien door zand in de wielen te strooien; in het tweede geval wordt de verdeling van de 'kosten' en 'baten' over deel-instituties na verloop van tijd als disproportioneel ervaren. Kosten en baten kunnen zich hier ook buiten het domein van de commercie voordoen - denk aan bevoegdheids- en zeggenschapsverdelingen, reputatieschade, disproportionele succestoerekening, gevoelens van uitsluiting, etc.

LR (2) PortNL zal zich willen kunnen beschermen tegen deelname van destructief gemotiveerde deel-instituties. En destructief gemotiveerde deel-instituties zullen zich willen kunnen terugtrekken, zullen hun al dan niet vermeende schade op PortNL willen

kunnen verhalen en dergelijke. De juridische vormgeving van PortNL dient hier bestand tegen te zijn of in elk geval rekening mee te houden.

Commitment

Commitment gaat over de bereidheid van de hiërarchisch bovengestelde instituties om PortNL te (blijven) gedogen, te ondersteunen en te faciliteren.

- *Wederkerigheid.* Hiërarchisch bovengestelde instituties kunnen van publiekrechtelijke en van commerciële aard zijn. In beide gevallen spelen bij de beoordeling van de wederkerigheid naast de de te behalen winst of de te bereiken ombuiging ook politieke reputaties en voorgenomen beleid ten aanzien van de kwaliteit van de dienst een belangrijke rol.

Juridisch is hier van belang dat PortNL als geheel een institutionele vorm heeft die het mogelijk maakt om civielrechtelijke zekerheden te scheppen op contractuele basis, hetgeen inhoudt dat er argumenten zijn om PortNL als civielrechtelijke rechtspersoon in te richten. (Overigens geldt deze gevolgtrekking natuurlijk eveneens voor de verhouding tussen deel-instituties en PortNL, wanneer deze laatste een hiërarchisch bovengeschakelde positie gaat innemen). LR (3)

- *Ressentimenten.* Relaties met hiërarchisch bovengestelde instituties worden altijd gekenmerkt door een zekere mate van delegatie van bevoegdheden van hoger naar lager. Risico's ten aanzien van het ontstaan van ressentimenten op het hogere niveau houden vaak verband met die bevoegdheidsverdeling en met de manieren waarop daaraan op beide niveaus invulling wordt gegeven.

Juridisch is hier van belang dat in de contracten waarin sprake is van delegatie van bevoegdheden deze risico's worden voorzien en zoveel mogelijk ondervangen. (Overigens geldt deze gevolgtrekking natuurlijk eveneens voor de verhouding tussen deel-instituties en PortNL, wanneer deze laatste een hiërarchisch bovengeschakelde positie gaat innemen). LR (4)

Meerwaarde

Gerelateerd aan de bereidheid van instituties en groepen individuen (bijvoorbeeld: consumenten) die zich niet in een hiërarchische verhouding met PortNL weten, om zich ten aanzien van PortNL-diensten constructief (tenminste niet destructief) op te stellen.

- *Wederkerigheid.* Voor PortNL is hier allereerst van doorslaggevende betekenis dat de beoogde consumenten de aangeboden dienst(en) ervaren als kosteneffectief in het licht van de kwaliteit van die diensten alsmede met het oog op de van hen verlangde (tegen)prestaties en de met de dienstverlening gemoeide tijd. Eigenlijk gaat het hier om eenvoudige marktwerking. Één van de belangrijke resultaten van B-dossier is dat het voor beoogde consumenten niet vanzelfsprekend is dat PortNL als dienstverlener op zowel publiekrechtelijk als commercieel terrein daadwerkelijk bevoegd is om namens bedoelde publiekrechtelijke diensten op te treden.

Juridisch is hier niet alleen van belang dat LR(4) effectief heeft vormgekreten, maar ook dat daaraan op betrouwbare en effectieve wijze openbaarheid is gegeven in de communicatiemiddelen van de delegerende/mandaterende diensten. LR (5)

- *Ressentimenten.* Ressentimenten bij consumenten en instituties waarmee PortNL niet in een hiërarchische verhouding staat kunnen er onder meer het gevolg van zijn dat de activiteiten van PortNL als bedreigend worden ervaren. Dit kan zich voordoen in situaties waar markt- en mededingingsposities in het geding zijn – bijvoorbeeld wanneer PortNL succesvol wordt bij het verlenen van een dienst die eerder doorgaans elders bij een ‘buitenstaander’ was belegd. In deze zin vormen markt- en mededingingsposities de omgeving waarin PortNL zo goed mogelijk moet zien te ‘passen’ (in metaforisch Darwinistische zin).

LR (6) Juridische is hier de vraag aan de orde of ‘mededingingsrechtelijke’ aspecten en beginselen (ook tussen publiekrechtelijke organisaties) bij de inrichting en exploitatie van PortNL voldoende zijn herkend en gerespecteerd in de gekozen samenwerkingsafspraken.

Rationeel betekent dit dat de contractuele relaties tussen PortNL en interne, bovengestelde en nevenschikte instituties, *alledrie*, meer voordeel dienen te bieden dan nadelen. Maar ook, dat bedoelde contractuele relaties zodanig in elkaar steken dat ze geen ressentimenten oproepen terwijl ze, als die zich toch voordoen, de effectieve afhandeling ervan ondersteunen. In deze sectie zijn zes juridische vereisten (*LR (1)* t/m *LR (6)*; *LR* voor *Legal Requirements*) geïnventariseerd in het licht van enkele algemene bedreigingen die ook juridisch onder ogen moeten worden gezien wanneer ernaar wordt gestreefd om een heel cluster van heterogene instellingen te laten samenwerken bij het aanbieden en exploiteren van een complexe, samengestelde dienst.

3.8 Enkele ‘natuurlijke’ criteria voor goede institutionele regelstelsels

In de vorige paragraaf zijn enkele algemene ‘natuurlijke’ aspecten van instituties behandeld die te maken hebben met hun kansen te overleven in hun omgeving vanuit wat doorgaans een sociaalwetenschappelijk gezichtspunt wordt geoordeeld. Hun betekenis voor een juridische analyse bestaat erin dat er vanuit rechtswetenschappelijke optiek naar kan worden gestreefd om bij de juridische vormgeving van de bijbehorende regelstelsels met die bevindingen zo goed mogelijk rekening te houden. Een en ander heeft geleid tot de formulering van de eerste zes Legal Requirements.

Het is vanouds een rechtswetenschappelijke doelstelling om juridische regelstelsels in die zin robuust te maken, dat de regels waaraan de deelnemers van een institutie zich te houden hebben voldoen aan die vereisten welke eraan gesteld kunnen worden wanneer het de bedoeling is ertoe bij te dragen dat de regelstelsels van instituties (als medebepalende onderdelen van die instituties) *zelf* aan bepaalde eisen voldoen. Ook hier gaat het om ‘natuurlijke’ vereisten, dat wil zeggen vereisten waarvan wordt aangenomen dat ze een universele gelding hebben en bij kunnen dragen aan de overleving van de betreffende regelstelsels. De navolgende opsomming is voor een belangrijk deel ontleend aan [4], het gaat om vereisten die ook nog heden ten dage in de discussies over de international betekenis van de ‘Rule of Law’ universeel lijken te worden aanvaard (zie bijvoorbeeld: [5]). De navolgende opsomming betreft formele vereisten die aan juridische regels van instituties (dus ook aan contractuele bepalingen) moeten worden gesteld om ertoe bij

te dragen dat het regelsysteem zelf doeltreffend kan zijn. Ze spreken grotendeels voor zichzelf.

- *Regels moeten algemeen zijn en mogen niet discriminatoir zijn.* Bij PortNL, bijvoorbeeld, is voorstelbaar dat wanneer regels worden gesteld waaraan banken zouden moeten voldoen om aansluiting te vinden als SP het gaat om regels die gelijk zijn voor alle banken. In overeenstemming met LR (6). LR (7)
- *Regels moeten prospectief zijn en moeten een toereikende levensduur hebben.* Regels horen naar de toekomst te werken, niet naar het verleden. Bij PortNL, bijvoorbeeld, zou het een deelnemende SP tegen de haren instrijken wanneer een communicatiestandaard zou zijn overeengekomen op basis waarvan die SP zijn eigen systeem heeft ingericht om kort naderhand te horen dat een andere, niet compatibele standaard met terugwerkende kracht van enkele jaren alsnog geldend wordt verklaard. LR (8)
- *Regels moeten bekend, helder, haalbaar en handhaafbaar zijn.* Haalbaarheid en handhaafbaarheid zouden bij PortNL kunnen betekenen dat aandacht moet worden besteed aan het loggen van activiteiten en aan het besteden van aandacht voor het interpreteren, het bewaren en het ontsluiten van bedoelde logs. LR (9)
- *Regels moeten consistent zijn (niet met elkaar in tegenspraak) en integer worden gehandhaafd door functionarissen die ze gehoorzamen.* Dit vereiste beoogt regelsystemen te beschermen tegen het opkomen van de destructieve sentimenten die nu eenmaal verbonden zijn met willekeur en corruptie. LR (10)
- *Sanctieregels moeten het opleggen van proportionele sancties of schadevergoedingen bij regelovertreding ondersteunen.* Zonder adequate en proportionele sanctionering bij regelovertredingen – of die nu zijn ingegeven door destructieve motieven of niet – verliest een regelsysteem zijn gezag. LR (11)

Er is een verband tussen elk van de vereisten LR (7 t/m 11) en de vereisten LR (2, 4, 6), omdat ze alle een relatie hebben met het destructieve gezichtspunt: miskenning van die vereisten zal vooral kunnen bijdragen aan het ontwikkelen van ressentiment ‘tegen het systeem.’ De laatste van de hier te noemen vereisten, LR (12) zie hieronder, heeft betekenis voor elk van de eerste zes genoemde requirements.

- *Terugkoppelingsregels moeten deelnemers aan een institutie de gelegenheid geven hun oordeel over het functioneren ervan tot uitdrukking te brengen, desnoods door deelname aan de institutie te beëindigen.* Regelsystemen moeten voortdurend worden geoptimaliseerd en/of aan nieuwe omstandigheden aangepast. Terugkoppeling van informatie door en ervaringen van deelnemers is daarbij van groot belang. Het verdient aanbeveling dergelijke terugkoppelingen te verbinden met gereguleerde procedures. Dat geldt ook voor die vormen van terugkoppeling die wel als ‘stemmen met de voeten’ worden aangemerkt. LR (12)

In het voorafgaande is aandacht besteed aan de betekenis van regelstelsels voor de ‘natuurlijke’ overlevingskansen van de bijbehorende instituties. Daarbij is gekeken naar vereisten vanuit nieuwsgierigheid naar instituties en hun (gewenste) juridische vormgeving, en daarbij is gewerkt vanuit de aanname dat er een rationele juridische bijdrage

kan worden geleverd aan de inrichting van instituties, rekening houdend met enkele van de natuurlijke krachten die tot het vormen en in stand houden/doen uiteenvallen van instituties bijdragen (als de constructieve en destructieve motivering van deelnemers en buitenstaanders).

Dit is – rechtswetenschappelijk bezien – een ongebruikelijke aanpak. De mainstream rechtswetenschap houdt zich doorgaans bezig met heel andere vragen. Vragen als ‘Hoe organiseer ik mijn gedrag, of dat van mijn organisatie, als zorgvuldig en verantwoordelijk – vanuit juridisch gezichtspunt – ook als de betreffende juridische kaders nog niet zijn uitgekristalliseerd?’ De vraag roept onmiddellijk associaties op met situaties, met wetten en met andere rechtsregels en met de vraag hoe ze in het licht van het voorliggende geval moeten worden geïnterpreteerd. In de volgende twee paragrafen ga ik uit van het meer traditioneel rechtswetenschappelijke uitgangspunt.

4 Materieelrechtelijke vereisten (algemeen)

4.1 Onrechtmatige daad

Onderweg naar het beantwoorden van de eerste onderzoeksvraag (die naar de gewenste institutionele vorm van PortNL) moet ik op een aantal denkbare situaties en hun juridische mainstream interpretaties anticiperen. Ik moet de vraag, als het ware, afwisselend onder ogen zien vanuit de twee gezichtspunten. Met die gedachte in het achterhoofd maak ik in de voorliggende paragraaf een korte inventarisatie van onderwerpen uit het Nederlandse recht die bij het onder ogen zien van de vraag ‘Hoe organiseer ik mijn gedrag, of dat van mijn organisatie, als zorgvuldig en verantwoordelijk - vanuit juridisch gezichtspunt - ook als de betreffende juridische kaders nog niet zijn uitgekristalliseerd?’ Die inventarisatie is ook van belang voor de later volgende juridische toets van PortNL. (De navolgende beschouwing is deels ontleend aan [1])

De vraag haakt op algemeen niveau aan bij twee centrale bepalingen uit het Nederlandse recht, één uit het burgerlijk recht en één uit het staats/bestuursrecht. Ik geef eerst de schadevergoedingsbepaling uit het Nederlands burgerlijk recht, de aansprakelijkheid uit de onrechtmatige daad.

Burgerlijk Wetboek, boek 6, artikel 162 (onrechtmatige daad) luidt:

1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.
2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.
3. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

Artikel 6:162 Bw is een soort catch-all bepaling die aansprakelijkheid verbindt aan schade die is ontstaan door gedrag dat in strijd is met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

- LR (13)
- *Bij de juridische inrichting van PortNL moet worden gerekend met wettelijke plichten en met hetgeen volgens regels van het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.*

Met name de laatste formulering is een relatieve. Aangenomen moet worden dat wat in het maatschappelijk verkeer betaamt gerelateerd is aan de mate van zorgvuldigheid die doorgaans wordt verbonden aan een maatschappelijke functie of rol. Dat houdt in dat u, wanneer u een civielrechtelijk vormgegeven project runt, om niet zelf aansprakelijk te zijn voor de brokken die eventueel voor anderen ontstaan, tenminste zo zorgvuldig te werk moet gaan als maatschappelijk gezien van u wordt verwacht en dat u zich bewust bent van welke schadeveroorzakende factoren volgens de in het verkeer geldende opvattingen voor uw rekening komen.

4.2 Legaliteit, tweewegenleer

Het lijkt triviaal (en het is dat ook), maar deze bepaling ondersteunt de zogenaamde twee wegenleer: dat de overheid, wanneer deze privaatrechtelijk optreedt, niet alleen is gebonden aan bestuursrechtelijke voorschriften, maar ook aan het burgerlijk recht. En we moeten aannemen dat PortNL een dienst is die uitgaat boven dat waartoe een overheidsdienst verplicht is en dus óók een civielrechtelijk handelen door de overheid inhoudt.

De tweede centrale bepaling staat in de Grondwet.

Artikel 132, eerste lid (wetmatigheid van bestuur) luidt:

1. De wet regelt de inrichting van provincies en gemeenten, alsmede de samenstelling en bevoegdheid van hun besturen.

Dit artikel is de wettelijke neerslag van het beginsel van wetmatigheid van bestuur, dat aangeeft dat alle bestuurlijke bestuursoptreden moet kunnen worden afgeleid uit een wettelijke opdracht.

Bij publiek private samenwerking treedt de overheidsdienst evenwel vooral op als civielrechtelijke partij. En daarnaast geldt toch nog steeds dat de aanbestedende dienst zich te houden heeft aan toepasselijke bestuursrechtelijke regelingen. Civielrechtelijke partijen mogen van bestuursdiensten die meedoen aan publiek-private samenwerking verwachten dat ze zich óók aan bestuursrechtelijke voorschriften (en gepubliceerd beleid) zullen houden en kunnen schadevergoeding vragen wanneer dat niet zo zou zijn.

- *Bij de juridische inrichting van PortNL moet worden gerekend met het beginsel van wetmatigheid van bestuur (en dus met de tweewegenleer).* LR (14)

Voorts moet in zijn algemeenheid onderscheid worden gemaakt tussen regels van dwingend recht en regels van regeland of aanvullend recht. Dwingendrechtelijke regels zijn rechtsregels waaraan niet kan worden ontkomen - waarvan niet kan worden afgeweken bij onderlinge afspraak. Ik noem de verzameling van dwingendrechtelijke regels de verzameling van openbare orde excepties, omdat dwingendrechtelijke regels in Nederland worden

gezien als uitzonderingen op onze handelingsvrijheid – een handelingsvrijheid waarvan wordt aangenomen dat deze het basisbeginsel van onze (open) samenleving is. Opgemerkt moet wel worden dat er de laatste tijd een beweging in onze rechtscultuur heeft ingezet die een verschuiving teweeg brengt in de richting van openbare orde excepties. Ik doel op het consumentenrecht. Ter bescherming van de consument worden in toeneemende mate eisen gesteld aan professionele partijen waarvan niet bij contract kan worden afgeweken.

- LR (15) • *Bij inrichting en gebruik van PortNL moeten de openbare orde excepties worden gerespecteerd.*

Regels van regelend recht gelden wanneer niet expliciet andere afspraken zijn gemaakt. Van regelend recht kan bij contract worden afgeweken. Dergelijke rechtsregels moeten derhalve bij de inrichting en exploitatie van PortNL in de gaten worden gehouden.

- LR (16) • *Bij inrichting en gebruik van PortNL moet steeds worden beoordeeld of van de regels van regelend recht bij contract moet worden afgeweken of niet.*

Het materiële recht is verder meer toegespitst geformuleerd en geordend in rechtsbeginselen en wettelijke regels per rechtsgebied. Ook daarnaar kan, en moet, worden gekeken in het kader van deze rapportage. In de volgende sectie geef ik een overzicht, vooral vanuit de ambitie om er argumenten en requirements aan te ontleen die een rol kunnen spelen bij de keuze voor de inrichting van aannemelijke bedrijfsrechtelijke scenario's voor PortNL.

5 Materiële rechtsgebieden en enkele aspecten ervan

Daarom is het dus aangebracht om op deze plaats alvast meer toegespitst enkele rechtsgebieden te inventariseren die bij de verwezenlijking van PortNL aan de orde zullen zijn. Het gaat om een overzichtje van de regelgeving die toepasselijk is of kan zijn op (1) het inrichten van PortNL als operationele dienst en op (2) het exploiteren van die dienst op de langere termijn. Ik noem de volgende rechtsgebieden:

5.1 *Het algemene bestuursrecht.*

In het kader van PortNL speelt het bestuursrecht in eerste instantie voor die SPs die als bestuursdiensten bij het uitvoeren van hun wettelijke taak *besluiten* nemen en daarbij *beschikkingen* nemen (die individuen aangaan) of *beleidsregels* vaststellen (die van algemene strekking zijn) en die voor expats of voor (deel-instituties van) PortNL van belang zijn (art. 1:3 Awb). Het enkele feit dat bestuursdiensten beleidsregels kunnen vaststellen en veranderen kan betekenis hebben voor de inrichting en overlevingskansen van PortNL.

- LR (17) • *Voor PortNL is het niet alleen van belang om bij het aangaan van operationele relaties met bestuursdiensten die als SP willen optreden afspraken te maken over hoe de*

taken en bevoegdheden ten aanzien van het ‘verkeer tussen burger en bestuursorgaan’ worden verdeeld, maar ook over hoe zal worden omgegaan met relevante beleidswijzigingen en de mogelijke gevolgen daarvan voor de exploitatie en inrichting van PortNL als dienst.

De in LR (17) aangestipte kwestie is van belang voor de vraag hoe PortNL vorm te geven als orgaan van publiek-private samenwerking (zie ook hieronder). Bestuursdiensten zijn weliswaar gehouden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (formeel: zorgvuldigheid, motivering, fair play; materieel: geen misbruik van bevoegdheid, geen willekeur, geen discriminatie, inlossing van gewekte verwachtingen),¹⁰ maar dat neemt niet weg dat bestuursdiensten een grote vrijheid hebben om hun beleid te bepalen en mede daarom niet eenvoudig kunnen worden teruggefloten door burgers of bedrijven op basis van het bestuursrecht alleen. Daarom moet onder ogen worden gezien of afspraken tussen bestuursdiensten en civielrechtelijke (rechts)personen voor een betere rechtsbescherming van de civielrechtelijke partijen kan zorgen met steun van additionele contractuele afspraken (naast die welke voortvloeien uit het bestuursrecht).

5.2 *Het ondernemingsrecht*

Dergelijke afspraken kunnen alleen worden gemaakt tussen (rechts)personen of tussen diensten die namens rechtspersonen mogen optreden. Daarmee wordt het voor de institutionele analyse allereerst van belang na te gaan welke rechtsvormen de bestuursdiensten hebben die bij PortNL betrokken zouden kunnen zijn. Om het overzicht te beperken neem ik allereerst die organisaties die aan het B-dossierproject bijdragen en geef hun rechtsvorm weer in Tabel 5.

Organisatie	Rechtsvorm	Geschakeld onder
IND	Agentschap	Ministerie van Justitie
Belastingdienst	Bestuursdienst	Ministerie van Financiën
UWV	ZBO ex SUWI-wet art 2	-
SVB	ZBO ex SUWI-wet art 2	-
Gemeenten	Rechtspersoon ex art. 2:1 Bw	-
ICTU	Stichting	-
Universiteiten (Delft, Twente, Leiden)	Rechtspersoon ex art. 1.8 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek	-
Postbank (ING)	N.V.	-
Consumenten	Personen	-

Tabel 5: Deelnemende organisaties en hun rechtsvorm

Allereerst zij opgemerkt dat de Belastingdienst en de IND geen zelfstandige rechtspersoonlijkheid hebben, maar uitvoeringsorganisaties zijn die (weliswaar via bestuursrechtelijke

delegatie- en mandateringsarrangementen) volledig onder de (politieke) ministeriële verantwoordelijkheid handelen, zodat het bij civielrechtelijke afspraken voor de wederpartij aanbeveling verdient om zich over de genoemde delegatie- en mandateringsarrangementen te doen informeren. Daarbij moet rekening worden gehouden dat bij delegatie (het overdragen aan niet-ondergeschikte personen om zaken onder eigen verantwoordelijkheid af te handelen; het overdragend orgaan kan beleidskaders stellen, kan de zaken niet meer zelf afhandelen) en bij mandatering (de bevoegdheid om in naam van een bestuursorgaan besluiten te nemen, de mandaatgever blijft bevoegd de gemandateerde bevoegdheid zelf uit te oefenen, ongeacht het mandaatbesluit) de opdrachtgever volledig *politiek* verantwoordelijk/bevoegd blijft voor het delegatie/mandateringsbesluit zelf.¹¹ De belastingdienst is een bestuursorgaan zonder eigen rechtspersoonlijkheid dat onder de verantwoordelijkheid van en gemandateerd door de Minister van Financiën handelt. De IND is een ‘agentschap’ van het Ministerie van Justitie. Namens de minister en staatssecretaris van Justitie voert de IND het vreemdelingenbeleid, de Vreemdelingenwet en de Rijkswet op het Nederlandschap uit. Uit de rechtspraak valt af te leiden (bijvoorbeeld: LJN AB1684, president rechtbank ’s-Gravenhage, 22 januari 2001) dat de IND geen eigen rechtspersoonlijkheid bezit en handelt onder mandaat van de Staat der Nederlanden (die in casu in de kosten werd veroordeeld).

Het UWV (uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen) en de SVB (sociale verzekeringsbank) zijn beide ZBO’s (zelfstandige bestuursorganisaties) met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid ex art. 2 van de SUWI wet. Bij dergelijke ZBO’s is sprake van tenminste gedeeltelijke delegatie - een bijkomend staatsrechtelijk doel is dat een deel van hun handelen niet meer direct onder ministeriële verantwoordelijkheid valt.

Gemeenten zijn publiekrechtelijke rechtspersonen ex art. 2.1 Bw. Bevoegd om gemeenten te binden in publiek-privaatrechtelijke ondernemingsvormen zijn de Colleges van B&W. Het College is bevoegd om tot privaatrechtelijke rechtshandelingen van de gemeente te besluiten (art. 160, eerste lid sub e Gw).

De ICTU is een door het Ministerie van BZK en de VNG in het leven geroepen stichting. Stichtingen zijn privaatrechtelijke rechtspersonen die handelen zonder winstoogmerk. “ICTU is een instelling van en voor overheden. Voor overheden, omdat ICTU in het leven is geroepen om uitsluitend opdrachten voor overheden uit te voeren. Van overheden mag heel letterlijk worden begrepen. Overheden die ICTU een opdracht geven, worden deelnemer in de stichting. Zij delen in de lusten en de lasten. Een overheid die met ICTU in zee gaat, geeft een dubbel commitment af: een overeenkomst om een programma uit te voeren én betrokkenheid bij het wel en wee van ICTU. [...] Het werkveld van ICTU is de elektronische overheid.”¹²

De deelnemende universiteiten hebben rechtspersoonlijkheid ex art. 1.8 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek. Hier zijn de Colleges van bestuur bevoegd.

De Postbank – inmiddels ING – is, als rechtspersoon, een naamloze vennootschap (met aandeelhouders etc.) en consumenten hebben rechtspersoonlijkheid als personen.

Als er uit dit overzichtje één ding duidelijk wordt is het wel dat we bij de inrichting van een PortNL organisatie te maken hebben met een heterogene collectie van de manieren waarop aan rechtspersoonlijkheid, beslissingsbevoegdheid en bijbehorende instrumenten voor toerekening van eventuele winst, opbrengsten, kosten, schade en andere aansprakelijkheden zijn geregeld.

- *Bij de juridische vormgeving van PortNL moeten de instrumenten worden benoemd en geschapen met behulp waarvan eventuele winst, opbrengsten, kosten en schade kunnen worden bepaald en toegerekend, en waarmee conflicten daarover kunnen worden beslecht.* LR 18

Rechtsvorm	Doel	Persoonlijke aansprakelijkheden			
		Politiek/beleid	Investing	Winst/verlies	Eigen handelen
Bestuursdienst	Wettelijke taak (mandaat)	Ministers, wethouders e.d.	Nee	Nee	Nee
Agentschap	Publiekrechtelijk mandaat	Ministers e.d.	Nee	Nee	Nee
ZBO	Wettelijke taak	Bestuur/ministers e.d.	Nee	Nee	Nee
Gemeenten	Wettelijke taak	College	Nee	Nee	Nee
Universiteiten	Wettelijke taak	CvB, faculteitsbestuur	Nee	Nee	?
Stichting	Ideel doel (voor anderen)	Bestuur	Nee	Nee	Onbehoorlijk bestuur of wanbeleid
Vereniging	Gezamenlijk doel voor leden (geen winst)	Bestuur	Nee	Nee	Onbehoorlijk bestuur of wanbeleid
Vennootschap	Winst uit bedrijf	Vennoten	Vennoten	Vennoten	Winstdeling
Commanditaire Vennootschap	Winst uit bedrijf	Besturende vennoten	Commanditaire vennoten	Vennoten	Onbehoorlijk bestuur of wanbeleid
NV/BV	Winst uit bedrijf	Raden (bestuur, commissarissen)	Aandeelhouders (winstdeling)	Nee	Onbehoorlijk bestuur of wanbeleid
Coöperatieve vereniging	Specifiek voordeel voor leden	Bestuur	Leden	Leden, mits	onbehoorlijk bestuur of wanbeleid

Tabel 6: Relevante rechtsvormen met hun eigenschappen

Laat ik ter afsluiting van deze ondernemingsrechtelijke kijk op de mogelijke rechtsvormen van deelnemende instituties in Tabel 6 weergeven wat de voor deze beschouwing meest relevant te oordelen overeenkomsten en verschillen zijn. Tabel 6 is opgedeeld in drie blokjes. Het eerste is gereserveerd voor publiekrechtelijke lichamen, het tweede voor privaatrechtelijke rechtspersonen die geen winst mogen maken die wordt uitgekeerd aan leden of bestuursleden en het derde voor privaatrechtelijke rechtspersonen die dat wel mogen.

Publiekrechtelijke lichamen

Voor de publiekrechtelijke lichamen geldt hun handelen moet worden gelegitimeerd door hun wettelijke taak. Wettelijke taken zijn doorgaans gerelateerd aan wat het algemeen belang wordt geacht. Dit wordt politiek bepaald. Toch is het lang niet altijd goed mogelijk om algemeen belang van financieel belang te onderscheiden. Zo wordt het bijvoorbeeld van algemeen belang gevonden dat de overheid haar taken op een zo doelmatige manier uitvoert: een juist evenwicht vindt tussen kwaliteit en bestedingen. Wanneer daarbij – bezien vanuit de begrotingen – over- of onderbestedingen plaatsvinden resulteren winst en verlies in publiekrechtelijke meevallers of tekorten. Uiteindelijk gaan publiekrechtelijke lichamen niet failliet of krijgen ze surseance van betaling: de hogergeschakelde overheid grijpt doorgaans in wanneer dat absoluut noodzakelijk blijkt. Omdat zulke situaties doorgaans het gevolg zijn van onbehoorlijk bestuur of wanbeleid kan het voorkomen dat er door hogere instanties (politiek, soms zelfs juridisch) wordt ingegrepen (of door gedupeerden wordt geprocedeerd). In het licht van een doelmatige uitvoering kan het voorkomen dat de overheid delen van haar taken ‘uitbesteedt’ (‘liberaliseert,’ via het marktmechanisme door private partijen laat uitvoeren onder beleidstoezicht van de overheid). Daarbij kan het voorkomen dat de overheid deelneemt in bijzondere gemengd publiekrechtelijke-privaatrechtelijke organisatievormen die meestal (maar niet altijd) rechtspersoonlijkheid bezitten: de publiek-private samenwerking (PPS) in PPS-constructies. Met deze mogelijkheden en met de huidige politieke voorkeur voor de inzet van de markt wordt één en ander er niet doorzichtiger op, zeker niet wanneer ook nog eens gebruik wordt gemaakt van ingewikkelde mandatering- en delegatiescenario’s. Één ding is zeker: wanneer een publiekrechtelijk lichaam ‘winst’ maakt is dat het gevolg van het streven naar de doelmatige uitvoering van haar wettelijke taak en vloeit die winst terug in de staatskas (of de kas van de betreffende publiekrechtelijke rechtspersoon).

Stichting en vereniging

Relevante privaatrechtelijke rechtspersonen die geen winst mogen uitkeren aan haar oprichters noch aan personen die deel uitmaken van haar organisatie (ook niet aan leden) zijn de stichting en de vereniging met volledige rechtspersoonlijkheid. Stichtingen mogen wel uitkeringen doen aan anderen, voor zover die uitkeringen een ideële strekking hebben. Verenigingen investeren hun ‘winst’ in de betere verwezenlijking van het gezamenlijke doel waartoe ze werden opgericht. Stichtingen en verenigingen hebben statuten die notarieel zijn vastgelegd. Alsdan zijn de bestuursleden en leden niet aansprakelijk voor eventuele verliezen (ze blijven aansprakelijk voor wanbeheer en onbehoorlijk bestuur).

Stichtingen en verenigingen kunnen privaatrechtelijk en publiekrechtelijk van aard zijn. Deze status wordt (mede) bepaald aan de hand van de omvang en herkomst van de financiering en/of van de zeggenschap. Doorgaans kan

worden aangenomen dat wanneer één van beide voor meer dan 50% wordt geleverd door een publiekrechtelijk lichaam de stichting of vereniging een publiekrechtelijk karakter heeft (en daarmee, om een voorbeeld te noemen, zich te houden heeft aan de regels voor Europese aanbesteding).¹³ De Nederlandse Vereniging van Gemeenten en de Stichting ICTU zijn voorbeelden van dergelijke organisatievormen.

Vennootschap, CV, BV, NV, Coöperatie

Relevante rechtspersonen met winstoogmerk zijn de vennootschap, de commanditaire vennootschap (CV), de NV, de BV en de Coöperatieve vereniging (Coöperatie). Kenmerkend in alle genoemde rechtsvormen is dat de toedeling van risico's en van de winst er centraal staat. Bij de vennootschap worden de bedrijfs- en investeringsrisico's door de vennoten hoofdelijk gedragen voor het geheel en wordt de winst volgens afgesproken ratio's verdeeld onder de vennoten. Bij de CV worden de bedrijfsrisico's hoofdelijk gedragen door de besturende vennoten en de investeringsrisico's door de commanditaire vennoten en wordt de winst volgens afgesproken ratio's verdeeld onder de vennoten. De NV en de BV hebben een in aandelen verdeeld maatschappelijk kapitaal. De bedrijfsrisico's worden gedragen door de rechtspersoon en de investeringsrisico's worden gedragen door de aandeelhouders. De aandelen van de NV en de BV dienen een aantal doelen: ze worden uitgegeven om vermogen aan te trekken; het aandeel geeft de houder ervan een stemrecht in de aandeelhoudersvergadering; de door de NV of BV gegenereerde winst wordt verdeeld over de aandelen.

De NV wordt door een of meer personen opgericht bij notariële akte. Voor oprichting is vereist van Onze Minister van Justitie dat hem van geen bezwaren is gebleken. De akte van oprichting moet de statuten van de NV bevatten. De statuten bevatten de naam, de zetel en het doel van de vennootschap. De zetel moet zijn gelegen in Nederland. De NV kent de volgende organen: een algemene vergadering van aandeelhouders, een bestuur en een Raad van Commissarissen (optioneel voor zover de statuten dat bepalen, verplicht indien er sprake is van een grote NV).

De BV wordt door een of meer personen opgericht bij notariële akte. Voor oprichting is vereist dat aan onze Minister van Justitie geen bezwaren zijn gebleken. De akte van oprichting moet de statuten van de BV bevatten. De besloten vennootschap kent dezelfde organen als de NV.

Bij een CV is er sprake van een samenwerkingsovereenkomst tussen één of meer gewone – al dan niet besturende – vennoten en één of meer commanditaire vennoten. Een commanditaire vennoot is geen gewone deelnemer aan de vennootschap. Zijn positie lijkt in deze op de aandeelhouder, omdat hij geen bestuurshandelingen mag verrichten. Daarentegen mag hij zich wel bemoeien met het interne beleid van de vennootschap, maar zijn invloed mag niet beslissend zijn. Verder is de commanditaire vennoot slechts beperkt aansprakelijk, heeft recht op een deel van de winst en zijn verlies is beperkt tot zijn inbreng.

De oprichting van een Commanditaire vennootschap geschiedt bij wijze van overeenkomst.

De coöperatie is opgezet als een vereniging, met dien verstande dat de coöperatie wel winst mag uitkeren aan haar leden. Het doel van de coöperatie is haar leden te voorzien van bepaalde stoffelijke behoeften. De coöperatie moet werkzaamheden verrichten ten dienste van haar leden. Hiertoe dient zij op grond van de wet een specifieke overeenkomst af te sluiten met haar leden over het bedrijf dat de coöperatie uitoefent. De statuten van de coöperatie kunnen bepalen dat de coöperatie ook overeenkomsten (vergelijkbaar met die van haar leden) met derden sluit. De overeenkomsten met haar leden mogen dan evenwel niet van ondergeschikte aard zijn. Het aansprakelijkheidsregime is bij coöperaties gunstig. Artikel 2:55 BW bepaalt weliswaar dat de leden in geval van ontbinding aansprakelijk zijn tegenover de coöperatie voor haar tekort, maar deze aansprakelijkheid kan in de statuten geheel of gedeeltelijk worden weggeschreven. De coöperatie is een bij notariële akte opgerichte coöperatieve vereniging. Een coöperatie kent, organisatorisch, net als een vereniging een bestuur, en een algemene vergadering.

Convenanten

Convenanten zijn afspraken/overeenkomsten tussen partijen waarbij de partijen met elkaar afspreken een bepaald resultaat te bereiken. Een Convenant is dan ook geen rechtsvorm, maar een overeenkomst. Convenanten kunnen worden gesloten tussen private partijen, private partijen en overheden en overheden onderling. Wanneer een Convenant wordt gesloten tussen verschillende partijen, blijven de partijen handelen onder eigen naam en voor eigen rekening. Bij Convenanten staat niet het behalen van winst voorop, maar dient de afspraak om bepaalde resultaten te bewerkstelligen.

Zoals te verwachten was brengt het institutionele recht voor zover dat gaat over de inrichting van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen en hun mogelijk samenwerkingsvormen nogal wat aspecten met zich mee waar rekening mee moet worden gehouden – en nog al wat mogelijkheden voor te kiezen organisatieverbanden. Bij het maken van rationele keuzen uit die mogelijkheden lijkt evenwel ook nog eens rekening te moeten worden gehouden met de randvoorwaarden die andere rechtsgebieden ermee in verband brengen. Het is nog te vroeg om gedachten te kunnen ontwikkelen die bijdragen aan het beantwoorden van – bijvoorbeeld – de vraag of PortNL het beste als convenant, coöperatie, NV, BV, CV, vennootschap, vereniging, stichting, ZBO, agentschap of bestuursdienst zal/kan worden ingericht.

5.3 Het aanbestedingsrecht

Het aanbestedingsrecht¹⁴ speelt bij de beoordeling van de vraag hoe PortNL zal kunnen worden verwezenlijkt een rol, omdat het gaat om een PPS-constructie. Dat betekent dat het aanbestedingsrecht van betekenis kan zijn/worden, afhankelijk van wie (publiekrechtelijk lichaam of niet) de opdracht tot het inrichten van de dienst (en/of tot het afnemen

van de diensten) geeft, van wie financiert, van wie zeggenschap uitoefent. En dat betekent weer dat - wanneer een aanbestedingsverplichting bestaat en de investering boven het betreffende drempelbedrag uitkomt - met alle mogelijke, niet steeds als intuïtief ervaren voorwaarden en beperkingen moet rekenen. Daarmee moet ook worden gerekend bij de inrichting van PortLN.

5.3.1 Algemeen

De opdracht om een interne markt voor goederen, diensten, personen en kapitaal en vrijheid van vestiging te realiseren ligt besloten in het EG Verdrag. Deze opdracht bestaat voor een belangrijk deel uit 'negatieve' integratie: het wegruimen door de lidstaten van belemmeringen voor het onderlinge verkeer. Voor zover lidstaten niet vanzelf werk maken van deze verdragsverplichting, kunnen zij daartoe gedwongen worden door uitspraken van het Hof van Justitie en/of door secundaire EU-wetgeving. Voor de interne markt is daarnaast 'positieve' integratie nodig, onder meer door harmonisatie van normen en door het ontwikkelen en uitvoeren van gemeenschappelijk beleid (zoals mededingingsbeleid⁵ en aanbestedingsbeleid). Om te voorkomen dat lidstaten wetten of maatregelen hanteren die de potentiële handel kunnen belemmeren, gebruikt het EG-Verdrag met name de regels van het vrije verkeer en het verbod op discriminatie. De navolgende bepalingen – buiten de regels van verboden staatssteun en het mededingingsrecht – zijn van belang voor (Europese) overheidsopdrachten:

- artikel 28 EG: vrij verkeer van goederen,
- artikel 39 EG: vrij verkeer van werknemers,
- artikel 43 EG: vrij verkeer van vestiging,
- artikel 49 EG: vrij verkeer van diensten en
- artikel 12 EG: algemeen verbod van discriminatie naar geografische herkomst.

De Europese Commissie is daarbij van mening dat de beginselen inzake objectiviteit, gelijke behandeling en transparantie ook buiten de Europese richtlijnen om verplichtingen geven aan een aanbestedende dienst. Ik geef een overzicht van de in het kader van de ontwikkeling van levensvatbare scenario's voor PortNL relevante aspecten van het aanbestedingsrecht in de vorm van een lijstje met definities, hier en daar voorzien van iets uitgebreidere toelichting. Het aanbestedingsrecht is ingewikkeld. Daarom is er verhoudingsgewijs veel tekst aan gewijd.¹⁵

5.3.2 Definities

Overheidsopdrachten: Schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op (de voortbrenging van) werken, diensten en/of leveringen. De specifieke - meer uitgebreide - definitie van een overheidsopdracht met betrekking tot werken, leveringen of diensten is steeds in Richtlijn 2004/18/ EG te vinden. Het voorwerp van de overheidsopdracht

betreft (steeds) de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten.

Ondernemer: Het begrip 'ondernemer' in de definitie van de overheidsopdracht dekt zowel de termen 'aannemer', 'leverancier' als 'dienstverlener'. De termen 'aannemer', 'leverancier' als 'dienstverlener' omvatten elke natuurlijke of rechtspersoon of elk openbaar lichaam of elke combinatie van deze personen en/of lichamen die respectievelijk de uitvoering van werken en/of de levering van producten of het verlenen van diensten op de markt aanbiedt c.q. aanbieden.

Aanbestedende diensten: Dit zijn de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap, een publiekrechtelijke instelling of een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.

Werk: Een 'werk' is in het aanbestedingsrecht: 'Het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat er toe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.' Werken betreffen doorgaans ook het resultaat van de werkzaamheden zoals genoemd in Richtlijn 2004/18/EG. Leveringen: zijn roerende zaken of producten.

Diensten: worden ook wel een 'restcategorie' genoemd. In die zin is, dat wat geen werk of een levering betreft, een dienst. Hoe dan ook, bij 'diensten' wordt onderscheid gemaakt in zogenaamde Bijlage 2A diensten en Bijlage 2B diensten. Ten aanzien van de Bijlage 2A diensten is in beginsel de/het gehele - ter zake relevante deel van - Richtlijn 2004/18/EG van toepassing. Op Bijlage 2B diensten is een zogenaamd 'verlicht regime' van toepassing. Op een gecombineerde opdracht (een mix Aanbesteding & innovatie 32 van Bijlage 2A en Bijlage 2B diensten) geldt dat de dienst die in waarde het hoogst is, feitelijk de andere (lagere) dienst (met zich) 'meetrekt'.

Bijlage 2A diensten: ('2A-opdrachten') zijn bijvoorbeeld bepaalde onderhouds-, reparatie- en reinigingsdiensten ter zake van wegen en accommodaties, vervoersdiensten (land en lucht), postvervoer (land en lucht), accountancydiensten, financiële diensten, computerdiensten, bouwkundige diensten, schoonmaakdiensten, uitgeverij-, drukkerijdiensten, riolering en vuilophaaldiensten en/of afvalverwerking.

Bijlage 2B diensten: ('2B-opdrachten') zijn ondermeer spoorwegvervoerdiensten, hotel- en restauratiediensten, vervoer over water, juridische diensten, plaatsing van personeel en personeelsverschaffing, onderwijsdiensten, gezondheidszorgdiensten en/of (nog) een hele categorie 'andere' (of 'overige') diensten. Tot die laatste diensten zijn ondermeer te rekenen groenonderhoudsdiensten. Denk bijvoorbeeld aan snoeien, maaien en aan terrein- en parkonderhoud. Bij Bijlage 2B diensten kunnen gemeenten kiezen tussen de '2A-procedure' (een procedure met volledige toepassing van het BAO, inclusief de geldende termijnen) of een '2B-procedure.'

De '2B-procedure': (het vorengenoemde 'verlicht regime' ten aanzien van Bijlage 2B diensten) wil zeggen dat Richtlijn 2004/18/EG slechts beperkt van toepassing is. Dit betekent dat in feite (alleen) de algemene beginselen van aanbestedingsrecht (objectiviteit, non-discriminatie en transparantie) gelden,

alsmede het verbod van discriminerende technische specificaties en dat gemeenten na afloop een bericht van gunning aan het publicatieblad van de Europese Gemeenschap moeten zenden.

De bezwarende titel: De ‘bezwarende titel’ waarnaar de definitie van de overheidsopdracht verwijst, betreft feitelijk de tegenprestatie (tegenwaarde) die de gemeente ter zake van het aan haar geleverde aan de wederpartij (ondernemer) verschuldigd is. Zulk een tegenprestatie behoeft niet slechts uit geld te bestaan, doch moet op geld waardeerbaar zijn.

Europese vrijheden: Relevant zijn het vrije verkeer van goederen en van het inrichten en aanbieden van diensten in de Europese economische ruimte. Het Europese aanbestedingsrecht heeft ten doel te bewerkstelligen dat opdrachtnemers uit heel die ruimte toegang krijgen tot alle overheidsopdrachten.

Non-discriminatie: Dit beginsel is in dit verband vooral van mededingingsrechtelijke aard en heeft de bedoeling om verbieden aan bepaalde aanbieders een voorkeursbehandeling te geven. Als een ministerie een uniforme desktop wil aanbesteden, betekent dit bijvoorbeeld dat in de specificaties niet de eis mag worden geformuleerd dat de desktopsoftware (niet) door een bepaalde fabrikant (zeg: Microsoft) is gemaakt.

Gelijke behandeling: De aanbestedingprocedure kent verschillende fasen, waarin de verzameling (potentiële) opdrachtnemers steeds kleiner wordt. Het beginsel van gelijke behandeling schrijft voor dat elk lid uit die verzameling op gelijke manier wordt behandeld. Dat betekent, bijvoorbeeld, dat elke communicatie over een aanbesteding zo wordt ingericht, dat alle potentiële aanbieders daarvan op de hoogte worden gesteld - of, met andere woorden, dat bilaterale communicatie tussen aanbestedende dienst en opdrachtnemer voorafgaand aan de feitelijke gunning verboden is.

Transparantie ziet in verband met aanbesteding vooral op de mate van publiciteit en openbaarheid die aan een aanbestedingsprocedure wordt gegeven. Het is immers mogelijk om de eerdergenoemde beginselen te omzeilen door de aanbesteding zelf slechts beperkt bekend te maken.

Openbare procedure: elke belangstellende kan inschrijven.

Niet-openbare procedure: elke belangstellende kan aanvraag indienen, geselecteerden mogen aanbieden.

Gunning door onderhandeling: de aanbestedende dienst raadpleegt de geselecteerde belangstellenden en stelt door onderhandeling met die gegadigden de voorwaarden van de opdracht vast. Onder voorwaarden, bijvoorbeeld wanneer de reguliere procedures niet tot resultaat leidden, wanneer er maar één potentiële aanbieder is omdat die exclusieve rechten heeft, wanneer zoveel eigen inbreng van de aanbieder wordt gevraagd dat de specificatie niet nauwkeurig genoeg kan worden opgesteld (prijsvraag, beauty contest).

Van de procedure van gunning door onderhandeling *met bekendmaking van een aankondiging* moet in de volgende gevallen gebruik worden gemaakt: (1) indien in het kader van een andere procedure onregelmatige inschrijvingen zijn ingediend, op voorwaarde dat de

oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk door de nieuwe procedure worden gewijzigd, (2) in buitengewone gevallen, wanneer het leveringen, diensten of werken betreft waarbij door de aard en onzekere omstandigheden van de opdracht de totale prijs niet vooraf kan worden vastgesteld, (3) in het geval van diensten voor werkzaamheden van intellectuele aard waarvoor zich de openbare of niet-openbare procedure niet leent of (4) in het geval van werken die enkel en alleen onderzoek en proefnemingen tot doel hebben. In het geval van procedures van gunning door onderhandelingen met bekendmaking van een aankondiging bedraagt de minimumtermijn voor de aanvragen tot deelneming zevenendertig dagen. De aanbestedende dienst nodigt de uitgekozen gegadigden (minimaal drie) vervolgens allemaal gelijktijdig langs schriftelijke weg uit om te onderhandelen. De uitnodiging dient alle aanbestedingstukken te omvatten. Ook dient de coëfficiënt te worden vermeld waarmee de gunningscriteria worden gewogen.

Van de procedure van gunning door onderhandelingen *zonder bekendmaking van een aankondiging* moet in de volgende gevallen gebruik worden gemaakt: (1) in het geval van overheidsopdrachten voor werken, leveringen of diensten: (i) indien in het kader van een openbare of niet-openbare procedure geen enkele inschrijving is ontvangen, (ii) de opdracht om technische of artistieke redenen of ter bescherming van alleenrechten slechts aan een bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd, of (iii) door onverwachte gebeurtenissen dringende spoed geboden is; (2) in het geval van opdrachten voor leveringen: indien (i) het om producten gaat die uitsluitend voor onderzoek- en ontwikkelingsdoeleinden zijn vervaardigd, (ii) voor aanvullende leveringen over een periode van maximaal drie jaar van leverancier moet worden veranderd en dit tot aanschaf van materieel met andere technische eigenschappen zou leiden, (iii) op een grondstoffenmarkt genoteerde goederen worden aangekocht, of (iv) indien het om gelegenheidsaankopen of aanschaffingen tegen bijzonder voordelige voorwaarden bij een leverancier gaat die zijn handelsactiviteiten staakt of failliet is gegaan; (3) in het geval van overheidsopdrachten voor diensten: (i) indien de opdracht wordt gegund aan de winnaar van een prijsvraag.

Concurrentiegericht dialoge: de aanbestedende dienst raadpleegt bij complexe opdrachten de geselecteerde belangstellenden (minimaal drie) en stelt in dialoog met die gegadigden de vast welke technische oplossingen voor de opdracht gelden.

Technische dialoog: voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure wordt bij marktpartijen technisch advies ingewonnen (op een wijze die aan voorwaarden voldoet en niet tot uitsluiting van de adviserende partij leidt).

Voorwerp van opdracht is wat door de aanbestedende dienst wordt verwacht van de aanbieder aan wie de opdracht wordt gegund.

Technische specificaties zijn de omzetting van het voorwerp van opdracht in

meetbare technische specificaties. Denk aan bepaalde grondstoffen en materialen, bepaalde productieprocessen, bepaalde keurmerken en standaards.

Technische specificaties en innovatie: Zodra het voorwerp van de opdracht is vastgesteld, zal de aanbestedende dienst deze moeten omzetten in meetbare technische specificaties (artikel 23 Richtlijn). In de technische specificaties van een bestek zijn er zeker mogelijkheden om innovatiecriteria te integreren. Er kan een bepaald productieproces voorgeschreven worden, en het gebruik van bepaalde materialen en grondstoffen kan voorgeschreven worden. Aanbestedende diensten mogen deze specificaties alleen gebruiken onder de voorwaarde dat deze bepalingen niet discrimineren of de toegang tot de opdracht verminderen. Men mag bijvoorbeeld niet eisen dat de producten een bepaald keurmerk op het gebied van innovatie bezitten.

Functionele specificaties. Een zeer belangrijke wijziging in de Richtlijn ten opzichte van de vorige Europese aanbesteding betreft de mogelijkheid om een opdracht functioneel te specificeren (zie artikel 23 lid 3 sub b). Deze moeten vervolgens zodanig nauwkeurig bepaald zijn dat de inschrijvers het voorwerp van de overheid opdracht kunnen bepalen en de aanbesteden de dienst de opdracht kan gunnen. Bij het eisen van op prestaties gebaseerde specificaties, kan gedacht worden aan het specificeren van een eindresultaat waarbij bijvoorbeeld de eis wordt gesteld dat er in een te bouwen kantoorgebouw een constante temperatuur moet heersen van 20 graden Celsius. De leveranciers kunnen vervolgens voor een eigen (innovatieve) oplossing kiezen om deze eis te verwezenlijken. De meerwaarde van een goede onderneming schuilt in de ambitie om innovatief en kwalitatief hoogwaardig maatwerk te leveren. Die ambitie wordt soms onvoldoende benut door opdrachtgevers. Ze binden bedrijven aan handen en voeten door hen gedetailleerd te vertellen wat ze moeten leveren of uitvoeren. In de aanpak functioneel specificeren worden ondernemingen al in de ontwerp- en uitwerkingsfase betrokken. Zo kunnen ze per saldo innovatief en kwalitatief hoogwaardig maatwerk leveren.

Bijzondere aanvullende voorwaarden, te stellen aan de uitvoering van de opdracht, bijvoorbeeld milieu- en/of sociale voorwaarden (eigenlijk gaat het aanbestedingsrecht alleen over voorbereiding, selectie en gunning).

Hybride specificaties zijn specificaties die zowel gebruik maken van technische als van functionele vereisten.

Subcontracten: in de aanbestedingsprocedure mag de aanbestedende dienst de eis stellen dat de aanbieder - ongeacht diens overall aansprakelijkheden - zijn beoogde subcontractanten bekend maakt.

R&D opdrachten: Opdrachten in het kader van research en development worden in het Nederlands doorgaans aangeduid met opdrachten voor onderzoek en ontwikkeling. De uitzondering van onderzoek en ontwikkeling (R&D) wordt genoemd in artikel 16 lid f en biedt onder omstandigheden een aanbestedende dienst de mogelijkheid om een opdracht met een innoverend karakter aan te besteden buiten het kader van de Europese aanbestedingsrichtlijn. De achterliggende reden om dergelijke opdrachten buiten de werkingssfeer van de richtlijn te plaatsten is gelegen in de versterking van de industrie van de Ge-

meenschap. Het stimuleren van onderzoek en technologische ontwikkeling is één van de middelen om de wetenschappelijke en technologische grondslagen van de industrie van de Gemeenschap te versterken, en het openstellen van overheidsopdrachten voor diensten draagt daartoe bij. Op de medefinanciering van onderzoeksprogramma's heeft de aanbestedingsrichtlijn echter geen betrekking! Een en ander is dan ook vertaald in artikel 16 f van de Richtlijn. De hoofdregel is dat de Europese aanbestedingsrichtlijn niet van toepassing is op opdrachten voor onderzoek en ontwikkeling (R&D). De uitzondering wordt gevormd door die onderzoeks- en ontwikkelingsdiensten, waarvan de resultaten in hun geheel aan de aanbestedende dienst toekomen voor gebruik ervan in de uitoefening van zijn eigen werkzaamheden, en de diensten volledig door de aanbestedende dienst wordt beloond. In dit laatste geval is de Europese aanbestedingsrichtlijn wel van toepassing. Indien het niet lukt om een opdracht voor (wetenschappelijk) onderzoek onder de uitzondering van R&D te plaatsen, zal de opdracht doorgaans onder het volledige aanbestedingsregime van bijlage 2A vallen. Volgens de codering van de verschillende lijsten (cpc code) gaat het bij deze diensten vaak om 'speur- en ontwikkelingswerk op gebieden van natuur-, ingenieurs-, maatschappij-, medische- en geesteswetenschappen'. Voor deze handleiding is het van belang dat R&D trajecten met betrekking tot nieuwe technologie zich kenmerken door zowel co-financiering als door het feit dat de resultaten juist niet in zijn geheel aan de aanbestedende dienst toekomen voor gebruik ervan in de uitoefening van de werkzaamheden. Dit wordt ook wel verwoord als een 'shared risk, shared benefit approach.' Deze R&D opdrachten vallen dan ook buiten het kader van de Europese aanbestedingsrichtlijn. In het kader van het Europese aanbestedingsrecht is verder van belang dat de keuze van een aanbestedende dienst om een opdracht onder de noemer van R&D te plaatsen een voor beroep vatbaar besluit is in de zin van de rechtsbeschermingrichtlijn. Met andere woorden; elke handeling van een aanbestedende dienst die is vastgesteld in verband met een overheidsopdracht voor dienstverlening die binnen de materiële werkingsfeer van de aanbestedingsrichtlijn valt en die rechtsgevolgen kan hebben, is onderworpen aan de speciale rechtsbescherming van het aanbestedingsrecht, ongeacht of die handeling is vastgesteld buiten een formele gunningprocedure om dan wel in het kader daarvan. In het verlengde hiervan zijn opdrachten die eenmaal in de sfeer van R&D worden uitgevoerd, niet meer onderworpen aan de rechtsbeschermingrichtlijn. Het gevolg hiervan is dat men in deze fase van de uitvoering slechts nog te maken heeft met de algemene verdragsbeginselen zoals deze gelden in het EG-verdrag. E.e.a uiteraard voor zover er geen nationale (aanvullende) regeling bestaat.

De toverformule 'of gelijkwaardig.' Het spreekt voor zich dat een aanbestedende dienst in de technische specificaties in beginsel niet mag discrimineren ten aanzien van een bepaald fabrikaat of een bepaalde herkomst of van een bijzondere werkwijze, noch mogen deze specificaties een verwijzing bevatten naar een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of ga. Deze vermelding of verwijzing is bij wijze van uitzondering toegestaan wanneer een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving

van het voorwerp van de opdracht niet mogelijk is; deze vermelding of verwijzing moet vergezeld gaan van de woorden 'of gelijkwaardig'. De toevoeging 'of daarmee gelijkwaardig' heeft als consequentie dat hiermee een opdracht wordt gegeven aan de aanbestedende dienst om te controleren of er sprake is van overeenstemming met de gewenste/vereiste technische situatie. Het enkele opnemen van deze zinsnede zonder daaraan gevolg te geven is dan ook niet toegestaan. Het is aan te bevelen om in de aanbesteding de achterliggende ratio's op te nemen waar de gelijkwaardige technologie aan dient te voldoen.

Selectie van (innovatieve) gegadigden. Selectie-eisen zijn criteria aan de hand waarvan de aanbestedende dienst een kwalitatieve selectie maakt van de gegadigden en inschrijvers. Het zijn eisen die gesteld worden aan de (potentiële) opdrachtnemer en niet aan de offerte. De criteria dienen objectief te zijn, alsmede voor alle geïnteresseerden gelijk van aard. De selectie-eisen kunnen worden onderscheiden in uitsluitingcriteria en geschiktheidcriteria. Voorbeelden van uitsluitingcriteria zijn de staat van faillissement, vereffening, surseance van betaling of soortgelijke toestand van de opdrachtnemer. De geschiktheidcriteria kunnen worden onderscheiden in criteria ten behoeve van beroepsbekwaamheid, zoals inschrijving in het beroepsregister of handelsregister. Daarnaast zijn er criteria die betrekking hebben op financiële en economische draagkracht. Tot slot zijn er criteria die betrekking hebben op technische bekwaamheid, zoals een lijst van de voornaamste leveringen, een beschrijving van de technische uitrusting en aan de hand van certificaten die zijn opgesteld door als bevoegd erkende officiële instituten. De aanbestedende dienst is verplicht om de referenties die voor een concrete opdracht worden verlangd te melden in de aankondiging van de voorgenomen opdracht. Proportionaliteit tussen de in te winnen referenties en de opdracht is van essentieel belang. In de kwalitatieve selectiefase is het toegestaan dat op basis van objectieve wegingsfactoren een selectie van gegadigden wordt gemaakt. Aan bepaalde belangrijke kwalitatieve aspecten wordt dan een wegingsfactor toegekend. Het wegingsstelsel dient in het kader van de transparantie vooraf aan de gegadigden bekend te worden gemaakt. Er kan onder andere gebruik worden gemaakt van cijfermatige waardering (puntensysteem) of van het aangeven van de relatieve zwaarte van de verschillende criteria.

Financiële en economische draagkracht. In een Mededeling geeft de Europese Commissie aan dat het bij de selectie niet mogelijk is om rekening te houden met beleidsaspecten bij de eisen inzake de financiële en economische draagkracht van een onderneming.

Technische bekwaamheid. Bij dit onderdeel moet met name gedacht worden aan ervaringseisen (referenties) op het gebied van innovatieve opdrachten. De referenties en verslaglegging over reeds uitgevoerde opdrachten zijn een nuttig instrument om innovatieve criteria te integreren in de criteria betreffende de technische capaciteit. Indien de aanbestedende dienst te maken heeft met een 'innovatieve opdracht', kan zij dit criterium gebruiken om te vragen naar de ervaring van de inschrijvende bedrijven. Hierbij moet aangegeven worden welk soort informatie relevant wordt geacht en welke

bewijsmiddelen moeten worden overgelegd.

Gunningcriteria. Gunningcriteria zijn criteria aan de hand waarvan de aanbestedende dienst een opdracht gunt. Het aanbestedingsrecht onderscheidt slechts twee gunningcriteria: de laagste prijs en de economisch voordeligste aanbidding.

De laagste prijs. Indien de laagste prijs als gunningcriterium wordt gekozen, is de totale aanbiedingsprijs van de inschrijving allesbepalend.

De economisch voordeligste aanbidding. In het geval het gunningcriterium ‘economisch voordeligste aanbidding’ wordt gehanteerd, kunnen bijvoorbeeld het criterium kwaliteit, de juridische eisen die door een aanbestedende dienst worden gesteld of de technische waarde van het product een rol spelen en hoe deze elementen zich verhouden tot de aangeboden prijs. In dit geval moeten alle criteria in het bestek worden opgenomen waaraan wordt getoetst, indien mogelijk in afnemende volgorde van belang. Aan de inschrijver die de ‘economisch voordeligste aanbidding’ heeft gedaan zal de aanbestedende dienst de opdracht gunnen. Volgens vaste rechtspraak kunnen de aanbestedende diensten bij de bepaling van de economisch voordeligste aanbidding kiezen welke gunningcriteria zij op de opdracht zullen toepassen, op voorwaarde dat deze criteria ertoe strekken de economisch voordeligste aanbidding te bepalen en zij de aanbestedende dienst geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid verlenen bij de gunning van de opdracht aan een inschrijver. Er zij aan herinnerd dat het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, dat, zoals het Hof meermaals heeft vastgesteld, de grondslag van de richtlijnen inzake de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten vormt. Dit houdt in dat de inschrijvers zich in een gelijke positie moeten bevinden, zowel in de fase van voorbereiding van hun aanbiedingen als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende dienst. Dat betekent meer in het bijzonder dat de gunningcriteria bij de beoordeling van de aanbiedingen op objectieve en uniforme wijze moeten worden toegepast op alle inschrijvers. Voorts verplicht het beginsel van gelijke behandeling tot transparantie, opdat de naleving ervan kan worden gecontroleerd, hetgeen met name inhoudt dat de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. Voor een objectieve en transparante beoordeling van de verschillende aanbiedingen is vereist dat de aanbestedende dienst op basis van de door de inschrijvers verstrekte inlichtingen en bewijsstukken daadwerkelijk kan nagaan of de aanbiedingen van deze laatste voldoen aan de gunningcriteria.

Verband houden met het voorwerp van de opdracht: Aanvankelijk kon de Europese Commissie nog geen duidelijkheid geven over de vraag of elk gunningcriterium een economisch voordeel moest opleveren dat direct gerelateerd is aan het product of de geleverde dienst. Latere Europese jurisprudentie heeft inmiddels duidelijk

gemaakt dat de Europese rechter de eis van een economische voordeel niet stelt. Het Hof bepaalde zelfs uitdrukkelijk dat de door de aanbesteden de dienst gehanteerde criteria ter bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving niet noodzakelijk van zuiver economische aard hoeft te zijn, daar immers niet kan worden uitgesloten dat niet zuivere economische factoren van invloed kunnen zijn op de waarde van een aanbidding. Anderzijds maakt het Hof ook duidelijk dat niet moet worden doorgeschoten: in de zaak *Wienstrom* oordeelt het Hof dat een wens die alleen betrekking had op de hoeveelheid elektriciteit uit hernieuwbare bronnen die een onderneming kon leveren, geen verband hield met het voorwerp van de opdracht. Daarbij was met name van belang dat de daadwerkelijke wens op milieugebied veel verder reikte dan de concrete (omvang) van de opdracht.

Bijzondere aanvullende voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd (artikel 26 Richtlijn). Het aanbestedingsproces zelf kent drie fasen: voorbereiding, selectie en gunning. Buiten de scope van de aanbestedingsprocedure, maar er wel nauw mee verweven, is de fase van de uitvoering. Vooral in de uitvoeringsfase kunnen overheidsopdrachten worden gebruikt als middel om innovatieve doelstellingen te (helpen) verwezenlijken. De Richtlijn biedt de mogelijkheid om voorwaarden te stellen waaronder de opdracht wordt uitgevoerd. Deze bepaling over bijzondere voorwaarden vormt (min of meer) de codificatie van de zogenaamde ‘Beentjes-leer’. In artikel 26 van Richtlijn 2004/18/EG is opgenomen onder de aanhef ‘voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd’:

‘De aanbestedende diensten kunnen bijzondere voorwaarden bepalen waaronder de opdracht wordt uitgevoerd, mits deze verenigbaar zijn met het Gemeenschapsrecht en in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden vermeld. De voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd, kunnen met name verband houden met sociale of milieuoverwegingen.’

Omdat bijzondere voorwaarden in principe geen onderdeel uitmaken van het aanbestedingsproces mogen zij ook geen rol spelen bij het gunnen van de opdracht; dat betekent dat in principe elke inschrijver in staat moet zijn om ze toe te passen. Ze mogen geen verholde technische specificaties, of gunning- of selectiecriteria zijn. Daar waar de inschrijvers moeten aantonen dat hun aanbiddingen voldoen aan de technische specificaties, mag tijdens de aanbestedingsprocedure geen bewijs van naleving van de uitvoeringsbepalingen worden geëist. Een aanbestedende dienst mag bijvoorbeeld, geen uitvoeringsbepalingen gebruiken om een specifiek productieproces (bijvoorbeeld een milieuzorgsysteem) of personeel met een specifieke ervaring (voor diensten) te eisen, tenzij zulke voorwaarden betrekking hebben op de selectie van de contractant. Deze aspecten moeten worden behandeld in de overeenkomstige fase van de procedure, zoals is vastgesteld in de richtlijnen inzake overheidsopdrachten.

5.3.3 Drempelbedragen

Voor zover hier relevant gaat het om een dienst. Wanneer door de centrale overheid wordt aanbesteed is het drempelbedrag € 133.000, wanneer door de decentrale overheid wordt aanbesteed is het drempelbedrag € 206.000. Bij de berekening mag de dienst niet worden verdeeld, zodanig dat aan de aanbestedingsregels wordt ontkomen. Bij de berekening van de waarde van de aan te besteden dienst moet worden gekwantificeerd over 48 maanden en, wanneer bijvoorbeeld de ‘omzet’ onbekend is de bedragen worden geschat op basis van vergelijkbare omzetten in een voorafgaande periode.

5.3.4 De (de)motivering van innovatief ondernemen

Het hoofddoel van het aanbestedingsrecht is het wegnemen van belemmeringen die door publieke diensten in de praktijk op nationaal niveau kunnen worden opgeworpen tegen een goede, open Europese markt voor werken en diensten door ‘nationaal’ te selecteren, of, erger nog, ook nog eens lokaal en naar eigen willekeur niet aan de economisch meest voordelige aanbieder te gunnen. Inmiddels is aannemelijk geworden dat met name de eisen van transparantie en nondiscriminatie zoals die in het aanbestedingsrecht zijn geoperationaaliseerd in veel gevallen een gunstige uitwerking kunnen hebben op de Europese markt. Dit geldt met name wanneer het gaat om werken en diensten waar brede kennis over en ervaring mee is en die goed kunnen worden gespecificeerd (zowel technisch als functioneel) – met andere woorden voor die werken of diensten waarvoor zich al een markt heeft ontwikkeld. Minder zeker is het of de aanbestedingsregels een weldadige uitwerking hebben op het stimuleren (markten voor) innovatieve werken of diensten.

Aanbesteding en innovatie via aanbod uit de markt

Neem PortNL. Stelt u zich voor dat een ondernemende geest die in een BV huist (Initiatiefnemer BV) het PortNL idee zelfstandig zou hebben ontwikkeld en er brood in ziet. En stel dat hij zich naar EZ begeeft en probeert via EZ zijn dienst te slijten aan de IND, de VNG, universiteiten, Shell, Philips en enkele andere grote bedrijven die veelvuldig van de diensten van expats gebruik maken. Stel dat EZ er iets in ziet en met genoemde partijen een PPS-instelling inricht en met het oogmerk om de beoogde PortNL dienst af te gaan nemen van Initiatiefnemer BV. Stel voorts dat financiering en zeggenschap van de PPS-instelling vooral bij EZ en Justitie komen te liggen en dat het gaat om een dienst waarvan moet worden verwacht dat die (over een periode van 4 jaren) meer zal gaan kosten dan het toepasselijke drempelbedrag. Al deze aannames leiden ertoe dat de PPS-instelling zal moeten aanbesteden, wat voor Initiatiefnemer BV het risico met zich meebrengt dat zijn idee in het aanbestedingsdocument vergaand zal worden openbaar gemaakt en dat het uiteindelijk door een andere BV zal gaan worden verzilverd. Het is weinig aannemelijk dat Initiatiefnemer BV het PortNL idee onder deze omstandigheden zal willen

ontwikkelen, laat staan ter exploitatie aanbieden. Het is aan deze kant van de medaille dat de aanbestedingsregelgeving misschien een contraproductieve uitwerking zal hebben op ons – Europese – innovatiepotentieel. Een ‘*chilling*’ effect op het creatieve innovatiepotentieel in de markt, zogezegd.

Aanbesteding en innovatie via de vraag aan de markt

Maar er is ook een andere kant aan de medaille: de overheid kan om innovatieve werken en diensten vragen via het aanbestedingsinstrument. In beginsel is het bewerkstelligen van een ‘*warming*’ effect op het innovatiepotentieel in de markt via vraagsturing door de overheid mogelijk. Dat dit in de praktijk nogal tegenvalt hangt vermoedelijk samen met de omstandigheid dat met het aanbesteden van innovatieve diensten, waarvoor een betrekkelijk losse functionele specificatiestijl is vereist, risico’s zijn verbonden, terwijl onze huidige bestuurscultuur er juist een is waar de nadruk is komen te liggen op het vermijden van risico’s.

Met één en ander kan een opnieuw betrekkelijk abstract vereiste worden verbonden.

- *Wanneer de innovatieve inrichting en exploitatie van PortNL via een aanbesteding zou moeten worden verwezenlijkt verdient het aanbeveling om in de juridische vormgeving van die aanbesteding te streven naar een werkwijze die het voor de aanbestedende dienst aanvaardbaar maakt het risico dat met een innovatieve aanpak is verbonden van te voren en integraal te benoemen en rationeel te verdedigen.* LR (19)

LR (19) is mede daarom in de analyse opgenomen, omdat het onzeker is dat in het spoor van het B-dossierproject initiatieven zullen kunnen worden verwacht vanuit het bedrijfsleven, terwijl de beoogde dienst weldegelijk een innovatief karakter zou kunnen hebben die mogelijk van nut zou kunnen zijn voor de inrichting van een heel scala aan nu nog niet voorziene diensten waarbij PPS-organisatie een met PortNL vergelijkbare structuur vertoont.

Bestendig vertrouwen tussen aanbesteder en aanbieder

Het hoofddoel van het aanbestedingsrecht is – als gezegd – het wegnemen van belemmeringen die door publieke diensten in de praktijk op nationaal niveau kunnen worden opgeworpen tegen een goede, open Europese markt voor werken en diensten door ‘nationaal’ te selecteren, of, erger nog, ook nog eens lokaal en naar eigen willekeur niet aan de economisch meest voordelige aanbieder te gunnen. Uit die gedachte vloeit voort, dat het aangaan van duurcontracten aan beperkingen moet onderworpen, zodat de markt niet voor langere tijd voor een bepaalde dienst wordt gesloten. In dat licht mogen duurcontracten (ook raamcontracten) naar Europees aanbestedingsrecht niet worden gesloten voor een duur, langer dan 4 jaren. Een uitzondering wordt gemaakt voor duurcontracten waarbij de noodzaak van de langere duur kan

worden onderbouwd en waarbij tussentijdse onderhandeling over of bijstelling van condities en prijs zijn uitgesloten. Aan het einde van het duurcontract c.q. de raamovereenkomst moet gewoon opnieuw worden aanbesteed en mag, op grond van het gelijkheidsbeginsel, geen voorkeurspositie toekomen aan de ‘vorige’ aanbieder – ook niet als hij het bijzonder goed heeft gedaan. Deze inrichting van het aanbestedingsrecht is in overeenstemming met het hoofddoel (zie hierboven), maar kan in conflict komen met de betekenis die doorgaans in het handelsverkeer wordt toegekend aan de wederzijdse vertrouwensrelatie. Dit is een van de meest aangevochten aspecten van het Europese aanbestedingsrecht, en een van de door dat recht opgelegde beperkingen waarvoor het meest frequent wordt gezocht naar wegen om hem te ontwijken.

Misschien is het goed op te merken dat beide bezwaren tegen het aanbestedingsregime (belemmerend tegen innovatie en belemmerend tegen het continueren van een vertrouwensrelatie) in twee totaal verschillende contexten spelen. De innovatiebelemmering speelt waar sprake is/zou kunnen zijn van ‘spontane’ innovatie, van het uit de markt voortkomen van innovatieve diensten voor de overheid en de behoefte om die als exclusieve aanbieder aan de overheid te kunnen aanbieden. De vertrouwensrelatie speelt daarentegen juist wanneer er geen sprake is van innovatie maar van beoogde continuïteit, van een streven naar het behoud van iets dat als goed wordt ervaren. Er zijn geen algemene oplossingen voor deze bezwaren – er moet van geval tot geval worden bekeken of er bijzondere omstandigheden zijn die de mogelijkheid bieden om aan genoemde bezwaren het hoofd te bieden dan wel ze te toch maar aanvaarden als de prijs die nu eenmaal moet worden betaald voor het beschermen van een overigens goed werkende Europese economische ruimte. Er zijn misschien enkele mogelijkheden om die prijs te verzachten:

- Onder bijzondere omstandigheden kan – om een bestaande vertrouwensrelatie te bestendigen – wellicht gebruik worden gemaakt van de mogelijkheid om eventuele transitiekosten in de aanbesteding mee te nemen, tenminste wanneer bedoeld gebruik niet in strijd komt met de beginselen van het aanbestedingsrecht.
- In de praktijk wordt – eveneens om een bestaande vertrouwensrelatie te bestendigen – wel een aanpak gekozen waarbij wordt aanbesteed met gebruikmaking van gunning door onderhandelingen in meerdere fasen en met gebruikmaking van tenminste drie typen van vereisten (niet-onderhandelbare eisen, wel-onderhandelbare eisen en wensen), waarbij de niet-onderhandelbare eisen worden geconfigureerd met het oog op de gewenste uitkomst. Deze aanpak is eigenlijk in strijd met de beginselen van het aanbestedingsrecht.
- Onder bijzondere omstandigheden kan – bij innovatie vanuit de aanbodzijde – gebruik worden gemaakt van de mogelijkheden die het intellectuele eigendomsrecht kan bieden, bijvoorbeeld door licentie-afspraken te maken over het inzetten van een innovatief dienstenmodel dat vanuit de markt wordt aangeboden.
- Soms kan – bij innovatie vanuit de aanbodzijde – een benadering worden gekozen waarbij pas wordt aanbesteed wanneer in de praktijk blijkt dat de betreffende

drempelwaarde de facto zal gaan worden overschreden (ervan uitgaande dat Initiatiefnemer BV daarmee, bij succes, een concurrentievoorsprong weet te verwerven).

- Doorgaans wordt – bij het stimuleren van innovatie vanuit de aanbodzijde – gebruik gemaakt van het subsidie-instrument (Titel 4.2 van de Awb). Praktisch bezwaar is hier (als eerder aangegeven) dat dit instrument niet zonder aanbesteding kan worden ingezet wanneer de subsidiegever het resultaat zelf wil gaan gebruiken.

5.4 Het mededingingsrecht

Mededingingsrecht gaat, net als het aanbestedingsrecht, over een goede maktwerking en -toegang. Daaraan kunnen afspraken (denk aan afspraken die invloed hebben op de prijs) tussen producenten afbreuk doen, net als misbruik van de macht van grote spelers op een markt. Mededingingsrecht is gericht tot privaatrechtelijke spelers. Voor zover overheidsdiensten een belangrijke rol spelen bij de inrichting en de exploitatie van PortNL worden de belangen van het mededingingsrecht goeddeels waargenomen door het aanbestedingsrecht. Voor zover de leidende rol wordt gespeeld door een private rechtspersoon is voorlopig geen sprake van te verwachten moeilijkheden met marktmachtkwesties: er is nog nauwelijks een markt voor PortNL diensten. Waar het om afspraken tussen producenten gaat – waarbij verschillende regimes gelden voor horizontale afspraken (tussen concurrenten of partners in consortia e.d.) en verticale afspraken (tussen partijen in de denkbeeldige keten die loopt van maker naar leverancier) – moet er aandacht aan worden besteed dat deze ook geen mededingingsrechtelijke vragen zullen gaan oproepen op de langere termijn, wanneer de dienst succesvol wordt, er een markt voor zou zijn ontstaan en een marktpositie verworven.

- *Bij het maken van afspraken tussen de deelinstituties van PortNL moet rekening worden gehouden met de mogelijk toenemende betekenis van het mededingingsrecht en van mededingingsrechtelijke beginselen op de langere termijn. Gedacht dient in dit kader bijvoorbeeld te worden aan de intellectuele eigendomsrechten op standaarden.* LR (20)

Het verdient aanbeveling om daarmee nu al rekening te houden omdat afspraken tussen deelinstituties de kern uitmaken van PortNL en de latere eventuele gedwongen aanpassing daarvan voor grote problemen kan zorgen. Het ligt, bijvoorbeeld, voor de hand om ervoor te zorgen dat PortNL de intellectuele eigendomsrechten (eventueel: licenties) voor in te zetten communicatiestandaards in een mate verwerft die het mogelijk maakt ze openbaar te maken aan aspirant toetreders (SPs, CSPs, IPs, DAs).

5.5 Het fiscale recht

Met het fiscale recht moeten PortNL en de deelinstituties vanzelfsprekend rekening houden. Ik noem het recht hier *pro memorie*. Ik verwacht niet dat er bij PortNL andere fiscale zorgen zijn (eisen aan de administratie, informatieplichten) dan toch al bekend zijn vanuit de normale bedrijfsvoering van genoemde instituties.

5.6 Internationaal privaatrecht

Internationaal privaatrecht gaat over drie vragen: Welk van de 200 rechtsstelsels is van toepassing op een privaatrechtelijke rechtsverhouding die met twee of meer staten is verbonden? Zijn de rechters van de ene of de andere staat bevoegd om van een grensoverschrijdend geschil in een privaatrechtelijke zaak kennis te nemen? Heeft de uitspraak die de rechter van de ene staat doet, ook betekenis in een andere staat?

- LR (21)
- *Omdat transacties met expats bijna noodzakelijkerwijs verschillende rechtsstelsels met elkaar in verband zou kunnen brengen bij PortNL-transacties verdient het aanbeveling om in de algemene voorwaarden van de dienst (en, zo nodig, van de deeldiensten) aan te geven dat het Nederlandse recht van toepassing is en dat de Nederlandse rechter bevoegd is.*

5.7 Het vreemdelingenrecht

Het vreemdelingen recht is natuurlijk nadrukkelijk van betekenis bij PortNL en hier kan van alles misgaan. Uitgangspunt bij PortNL is dat de deeldiensten zoveel mogelijk verantwoordelijk (en dus: aansprakelijk) zijn voor hun eigen dienst. Het vreemdelingenrecht zal vooral spelen bij de IND als SP en zal, zo mogelijk, in het geheel niet worden toegepast door PortNL als PP. Daarom zal rekening moeten worden gehouden met de formele vereisten die vanuit het vreemdelingenrecht gesteld mogen worden aan de wijze waarop PortNL zorgt voor de bemiddelende communicatie. Dit geldt mutatis mutandis voor *alle* (andere) materiële rechtsgebieden waarop de deelorganisaties hun werkzaamheden (moeten) richten en waar PortNL zo veel mogelijk buiten wil blijven. Ik vat dit samen in één requirement:

- LR (22)
- *PortNL zal rekening moeten houden met de formele vereisten over bemiddelende communicatie die worden gesteld vanuit de rechtsgebieden waarop de deelorganisaties hun werkzaamheden (moeten) richten en in de betreffende contracten moeten bedingen dat zij door de betreffende SPs worden gevrijwaard van schade-aanspraken die voortvloeien uit materiële diensten van die SPs die niet aan PortNL's bemiddeling worden toegeschreven.*

5.8 Archiefwet en Wet openbaarheid van bestuur (bewaar- en overdrachtverplichtingen)

“Overheidsorganisaties moeten voldoen aan een aantal wettelijke verplichtingen ten aanzien van hun archiefvorming en -beheer. Ook digitale informatie valt onder de werking van deze regels. De Wet Openbaarheid van Bestuur, de Wet bescherming persoonsgegevens en de Archiefwet 1995 schrijven voor hoe de overheid moet omgaan met gegevens die door haar zijn opge maakt en ontvangen.”¹⁶ Afhankelijk van de rechtsvorm die voor PortNL gaat gelden moet derhalve rekening worden gehouden met de verplichtingen die de Archiefwet en de Wet openbaarheid van bestuur aan overheidsorganisaties stellen.

LR (23)

- *Wanneer PortNL vorm krijgt als een commerciële dienst dient rekening te worden gehouden met de toepasselijke bewaar en vernietigingsverplichtingen die (bijvoorbeeld) voortvloeien uit het fiscale recht en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Wanneer PortNL vorm krijgt als een overheidsorganisatie zal bij haar inrichting bovendien rekening moeten worden gehouden met het kunnen voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit de Archiefwet en uit de Wet openbaarheid van bestuur.*

Deze verplichtingen zijn reëel en verdienen aandacht, maar stijgen niet zozeer uit boven de normale administratieve verplichtingen die, bijvoorbeeld, de belastingdienst aan rechtspersonen stelt dat er bijzonder gewicht van hoeft uit te gaan bij de keuze van de rechtsvorm. De Wet openbaarheid van bestuur stelt wel eisen die er in de praktijk toe leiden dat de openbaarheidsverplichtingen van het bestuur jegens de burger groter zijn dan die voor het bedrijfsleven.

5.9 Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer

Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer is vermoedelijk van betekenis en van toepassing voor elke (deel)dienst. Daarbij gelden vermoedelijk voor verschillende deeldiensten verschillende regimes, omdat de grondslag voor het verwerken van persoonsgegevens verschillend kan zijn. Grofweg kan worden gesteld dat de grondslag voor het verwerken van persoonsgegevens en de verwerking zelf onderworpen zijn aan de regels van de Wet bescherming persoonsgegevens. Voor bestuursdiensten zal die grondslag doorgaans gevonden kunnen worden in wettelijke taak. Voor civielrechtelijke organisaties kan de grondslag het beste worden gevonden in de toestemming van de consument. De belangrijkste bepalingen uit de Wbp zijn hieronder samengevat, gebaseerd op [6].

De verantwoordelijke is degene die het doel en de middelen van verwerking vaststelt.

U moet als verantwoordelijke uw gegevensverwerking melden bij

- het College bescherming persoonsgegevens
- als door u of uw brancheorganisatie een functionaris voor de gegevensbescherming is benoemd, bij deze functionaris

Verwerkingsvrijstellingen Onder meer de volgende verwerkingen zijn, onder de in het Vrijstellingsbesluit genoemde voorwaarden, van melding vrijgesteld:

- verwerkingen door verenigingen, stichtingen en publiekrechtelijke beroepsorganisaties met betrekking tot hun leden of begunstigers;
- verwerkingen door kerkgenootschappen of andere genootschappen op geestelijke grondslag met betrekking tot de daartoe behorende personen en hun gezinsleden of begunstigers;
- verwerkingen met betrekking tot sollicitanten;

- verwerkingen door werkgevers in het kader van de personeels- administratie en de salarisadministratie;
- verwerkingen met betrekking tot debiteuren en crediteuren en verwerkingen met betrekking tot afnemers en leveranciers;
- verwerkingen van notarissen, advocaten of andere rechtshulpverleners, registeraccountants en Accountants-Administratieconsulenten met het oog op de dienstverlening aan cliënten;
- verwerkingen door beroepsbeoefenaren in de gezondheidszorg, door verzorgingshuizen en verpleeghuizen, en van instellingen voor kinder- opvang;
- verwerkingen door onderwijsinstellingen met betrekking tot leerlingen, deelnemers en studenten; en
- verwerkingen ten dienste van het interne beheer van de organisatie van de verantwoordelijke, zoals verwerkingen met betrekking tot netwerk-en computersystemen, communicatieapparatuur en toegangscontrole.

Soorten registraties De Wpr maakte onderscheid tussen

- persoonsregistraties op het gebied van de overheid en het onderwijs, de gezondheidszorg en de maatschappelijke dienstverlening; en
- persoonsregistraties op het gebied van bedrijf en beroep en op overige gebieden. Voor de eerste categorie van registraties kende de Wpr de verplichting om een reglement vast te stellen. Registraties in de tweede categorie moesten worden aangemeld bij de Registratiekamer

Informatieverstrekking De informatieverstrekking aan de betrokkene moet in ieder geval omvatten:

- wie u bent (dus wie de verantwoordelijke is); en
- voor welk doel of doeleinden u de gegevens verzamelt en verwerkt.

Iedereen mag u met redelijke tussenpozen vragen of, en zo ja welke persoonsgegevens u ten aanzien van hem verwerkt. Als de betrokkene u buitensporig vaak met een dergelijk verzoek benadert, hoeft u daaraan geen gehoor te geven. U moet op een verzoek om inzage binnen vier weken antwoorden. Het antwoord moet schriftelijk zijn, tenzij een gewichtig belang van de betrokkene vergt dat u een andere vorm kiest, bijvoorbeeld mondeling. Een per elektronische post verzonden antwoord is ook schriftelijk. Uw antwoord moet in een begrijpelijke vorm bevatten:

- Een volledig overzicht van de door u verwerkte gegevens van de betrokkene.
- Een omschrijving van

- het doel of de doeleinden van de gegevensverwerking;
- de categorieën van gegevens waarop uw verwerking betrekking heeft;
- de ontvangers of categorieën van ontvangers.
- Alle beschikbare informatie over de herkomst van de gegevens.
- Desgevraagd moet u ook informatie verschaffen over de systematiek van uw geautomatiseerde gegevensverwerking. U hoeft daarbij uiteraard niet zo ver te gaan dat u bedrijfsgeheimen prijsgeeft.

Gegevenscorrectie U bent alleen verplicht te corrigeren als de gegevens:

- feitelijk onjuist zijn;
- onvolledig of niet ter zake dienend zijn voor het doel waarvoor u ze verwerkt; of
- op andere wijze in strijd met een voorschrift van de Wbp of een andere wet zijn verwerkt.

In geval van correctie van de gegevens moet u derden aan wie u de (onjuiste) gegevens van de betrokkene eerder hebt verstrekt, van de wijzigingen op de hoogte stellen.

Passende beveiliging U moet passende technische en organisatorische maatregelen nemen om het verlies van gegevens of onrechtmatige verwerking tegen te gaan. Organisatorische maatregelen kunnen bijvoorbeeld inhouden dat maar een beperkt aantal personen toegang heeft tot uw computersysteem. De (technische en organisatorische) maatregelen die u neemt, moeten een passend beveiligingsniveau garanderen. Passende beveiliging betekent dat u in uw keuze voor de methode van beveiliging de volgende elementen moet meewegen:

- De risico's van de verwerking en de aard van de te beschermen gegevens. Hoe gevoeliger de gegevens, hoe zwaarder de toegepaste beveiliging moet zijn. Zijn de gegevens minder gevoelig, dan hoeft u niet steeds de zwaarst mogelijke beveiligingsmaatregelen nemen.
- U moet rekening houden met de stand van de techniek en de kosten van de maatregelen. Als de kosten van extra maatregelen uitzonderlijk hoog zijn ten opzichte van de toename in beveiligingsniveau, dan zijn die maatregelen niet passend en hoeft u ze dus niet te nemen. Kunt u echter tegen geringe kosten komen tot een beduidend veiliger systeem, dan moet u deze maatregelen zeker nemen.
- De (technische en organisatorische) maatregelen moeten er mede op gericht zijn onnodige verzameling of verdere verwerking te voorkomen. Bij dit laatste kunt u denken aan het gebruik van bijvoorbeeld versleuteling van persoonsgegevens.
- De beveiliging moet steeds adequaat zijn. Dat betekent ook dat u periodiek moet nagaan of uw systeem aanpassing behoeft, bijvoorbeeld door technologische ontwikkelingen.

Verzet De betrokkene heeft ook een recht van verzet als het verwerken van zijn persoonsgegevens geschiedt voor:

- Direct marketingdoeleinden. In dit geval moet u de desbetreffende verwerking altijd onmiddellijk beëindigen.

Bewaren U mag persoonsgegevens niet langer bewaren dan noodzakelijk is voor het doel waarvoor u de gegevens verzamelt of (verder) verwerkt.

Eisen aan de relatie verantwoordelijke - bewerker Als u besluit om de feitelijke handelingen met betrekking tot een gegevens- verwerking door een bewerker te laten verrichten, zult u daartoe met die bewerker een relatie aangaan. De Wbp stelt eisen aan uw keuze van een bewerker en aan de manier waarop u de relatie met die bewerker vastlegt:

- u moet zich ervan vergewissen dat de bewerker die u kiest voldoende waarborgen biedt met betrekking tot de technische en organisatorische beveiliging;
- u moet een overeenkomst met de bewerker sluiten of een andere regeling treffen waardoor afdwingbare verbintenissen ontstaan tussen u en de bewerker;
- in de overeenkomst (of andere regeling) moet u als verantwoordelijke bedingen dat de bewerker de persoonsgegevens uitsluitend verwerkt in uw opdracht;
- u moet ook bedingen dat de bewerker de beveiligingsverplichtingen nakomt die op u rusten op grond van de Wbp; en ten slotte
- u moet als verantwoordelijke daadwerkelijk toezien op naleving van deze beveiligingsverplichtingen. Ook het recht daartoe zult u in de overeenkomst (of andere regeling) moeten bedingen. De Wbp eist dat u de onderdelen die betrekking hebben op de bescherming van persoonsgegevens en op de beveiligingsmaatregelen, schriftelijk vastlegt.

Eisen aan de bewerker De dienstverlening van de bewerker is gericht op het uitvoeren van een bepaalde verwerking van persoonsgegevens ten behoeve van de opdrachtgever. De Wbp stelt bovendien direct eisen aan de bewerker. Het gaat om de volgende verplichtingen en beperkingen.

- U mag persoonsgegevens alleen bewerken in opdracht van de verantwoordelijke.
- U kunt dus niet zelfstandig besluiten om over te gaan tot een bepaalde verwerking van de aan u toevertrouwde persoonsgegevens, tenzij u dat doet om aan een wettelijke plicht te voldoen.
- U bent, naast de verantwoordelijke, zelfstandig aansprakelijk voor de schade die iemand lijdt of het nadeel dat iemand ondervindt.

- U bent alleen aansprakelijk voor zover de schade het gevolg is van uw bewerkingshandelingen. Als u kunt bewijzen dat de schade niet aan u kan worden toegerekend, dan bent u niet aansprakelijk.
- U en degenen die onder uw gezag handelen zijn (net als de verantwoordelijke) verplicht om persoonsgegevens waarvan zij kennisnemen geheim te houden.

De functionaris voor de gegevensbescherming De functionaris voor de gegevensbescherming heeft een aantal taken en bevoegdheden. De functionaris moet er op toezien dat u persoonsgegevens verwerkt in overeenstemming met de wettelijke regels.

Bijzondere persoonsgegevens Bijzondere persoonsgegevens zijn alle persoonsgegevens die informatie verschaffen over iemands:

- godsdienst of levensovertuiging;
- ras;
- politieke gezindheid;
- gezondheid;
- seksuele leven; en lidmaatschap van een vakvereniging.

Verder zijn bijzondere persoonsgegevens:

- strafrechtelijke persoonsgegevens; en
- persoonsgegevens over onrechtmatig of hinderlijk handelen waarvoor een verbod is opgelegd (bijvoorbeeld een straatverbod). bijzondere persoonsgegevens

Direct marketing Het onderhouden van een directe relatie met de betrokkene voor commerciële of charitatieve doelen wordt direct marketing genoemd.

- Als u de gegevens voor een bepaald direct marketingdoel hebt verkregen, dan is verdere verwerking voor dat doel uiteraard niet onverenigbaar.

Doel en noodzaak, subsidiariteit en proportionaliteit U mag op grond van de Wbp persoonsgegevens alleen verzamelen als u daarvoor een doel hebt. Dit doel moet:

- welbepaald;
- uitdrukkelijk omschreven; en
- gerechtvaardigd zijn (noodzakelijk voor het doel).

Noodzakelijkheid (voor de uitvoering van een overeenkomst)

- De verwerking is noodzakelijk ter uitvoering van een wettelijke plicht van de verantwoordelijke
- Het verwerken van persoonsgegevens is noodzakelijk ter vrijwaring van een vitaal belang van de betrokkene (bijvoorbeeld: medische urgentie)
- Het verwerken van gegevens is noodzakelijk voor de goede vervulling van een publiekrechtelijke taak
- Het verwerken van persoonsgegevens is noodzakelijk voor de behartiging van een gerechtvaardigd belang

Uw gegevens moeten gelet op het doel waarvoor ze worden verwerkt:

- niet bovenmatig;
- toereikend; en
- ter zake dienend zijn.

Juist en nauwkeurig De verwerkte gegevens moeten verder:

- Juist en nauwkeurig zijn.

LR (24) Bij de inrichting van PortNL als rechtspersoon dient rekening te worden gehouden met welke typen registraties van persoonsgegevens door welke deelnemende institutie worden gebruikt en voor welk doel, en dient te worden bepaald welke deelnemende instituties de rollen van verantwoordelijke en van bewerker op zich nemen, alsmede met de vraag of er een functionaris voor de bescherming van de persoonsgegevens zal worden aangesteld.

LR (25) Bij de inrichting van PortNL dient aandacht te worden besteed aan de wijzen waarop tegemoet zal worden gekomen aan de vereisten die de wet stelt aan bewaar- en vernietigingsverplichtingen, aan informatieverplichtingen en correctiemogelijkheden ten behoeve van de geregistreerden, en aan de regels die direct-marketing activiteiten beheersen.

5.10 Het telecommunicatierecht

Het telecommunicatierecht, als neergelegd in de Telecommunicatiewet biedt voornamelijk regels voor openbare elektronische communicatienetwerken en -diensten. Openbaarheid in deze zin wordt gekenmerkt door de beschikbaarheid voor het publiek. Communicatienetwerken en -diensten hebben betrekking op het ‘voornamelijk’ overbrengen van signalen. Het is onwaarschijnlijk dat PortNL zal moeten voldoen aan verplichtingen die voortvloeien uit het telecommunicatierecht. Mogelijk levert de DA wel een openbare elektronische communicatiedienst in de zin van de Telecommunicatiewet.

LR (26) Bij de inrichting en de exploitatie van PortNL dient de vraag onder ogen te worden gezien of er een openbare elektronische communicatiedienst wordt aangeboden in de zin van de ‘telecommunicatiewet en, zo ja, door wie.

Mocht dit zo zijn, dan moet er door de DA mee worden gerekend dat er enkele verplichtingen zijn (zoals het registreren bij OPTA en het voldoen aan de dataretentieregels als neergelegd in Hoofdstuk 11 van de Telecommunicatiewet). Ik laat het telecommunicatierecht verder buiten beschouwing omdat het behoort tot het domein van de DA, en niet van de PP (PortNL).

5.11 Het recht op intellectuele eigendom

Het recht op de intellectuele eigendom omvat het modellenrecht (over het uiterlijk van voorwerpen, de algemene indruk), het auteursrecht (verbodsrechten tot openbaarmaken en veeleenvoudigen van werken van letterkunde, wetenschap en kunst), het merkenrecht/het recht op bescherming tegen slaafse nabootsing (het onderscheidend vermogen van een uiterlijke vorm die met een onderneming wordt geassocieerd) en het octrooirecht (voor de bescherming van technische uitvindingen).¹⁷ Intellectuele eigendomsrechten kunnen op tweeërlei wijze een rol spelen bij PortNL:

- *negatief*, in de zin dat er aanmerkelijke risico's kleven aan het inrichten en exploiteren van een dienst die achteraf blijkt inbreuk te maken op auteurs- of octrooirechten;
- *positief*, in de zin dat de intellectuele eigendomsrechten de mogelijkheid bieden tot bescherming tegen concurrentie die misbruik maakt van de oorspronkelijke creatieve inspanningen die voor het inrichten van PortNL zijn geleverd.

Een en ander leidt tot twee aanbevelingen:

Bij het inrichten en het exploiteren van PortNL moet met het risico worden gerekend dat achteraf de dienst op grond van gevestigde rechten van intellectuele eigendom zal kunnen worden aangesproken door rechthebbenden. Vrijwaringen zullen moeten worden gegeven door de meest betrokkenen. LR (27)

Bij het inrichten en het exploiteren van PortNL moet rekening worden gehouden met de noodzaak om de intellectuele eigendomsrechten die daarbij ontstaan (makers van de dienst, bijdragen van consumenten) op de juiste wijze te licentiëren aan de juiste partijen. LR (28)

5.12 Het contractenrecht

Het burgerlijke recht is het recht dat de verhoudingen tussen burgers (en civielrechtelijke rechtspersonen) beheerst, zoals het publieke recht de verhoudingen tussen overheden en burgers regelt (naast de verhoudingen tussen overheden onderling). Een belangrijk deel van het burgerlijk recht gaat over contracten, overeenkomsten tussen burgers, overeenkomsten met regels die zij zelf hebben opgesteld en waaraan zij zich naar eigen wil onderwerpen. Voor het aangaan van een overeenkomst is wilsovereenstemming het kernvereiste. En aan de bepalingen van een overeenkomst zijn partijen gebonden als ware het bepalingen uit de wet. De overeenkomst is een machtig instrument om verhoudingen te regelen. Bij PortNL komen overeenkomsten dan ook op meerder plaatsen aan de orde. Ten eerste waar consumenten de aangeboden dienst aanvaarden en PortNL de dienst verleent. Ten tweede waar PP afspraken maakt met SPs, CSPs, DAs en IPs over de

exploitatie. Ten derde waar wordt overeengekomen wie de (instrumenten voor) de dienst gaat/gaan maken, *voor wie*, tegen welke prijs en naar welke specificaties. ‘Voor wie’ is in de vorige zin gecursiveerd omdat die vraag nog open is, en omdat zonder dat daarop een antwoord is gegeven er vermoedelijkhelemaal niets gebeurt, ook omdat er dan, bij gebrek aan opdrachtgevende partij helemaal geen contract *kan* worden gemaakt.

Als gezegd staat wilsovereenstemming voor het ontstaan en aangaan van overeenkomsten centraal. Allereerst is daarbij van belang dat partijen worden beschermd tegen willekeurige nietigverklaring van overeenkomsten (“er was helemaal geen wilsovereenstemming”) door de juridische, en objectiveerbare, fictie van de wils/vertrouwensleer: wie zijn wil uit (of doet uiten) op een wijze waarop de tegenpartij mag/mocht vertrouwen is gebonden. Opmerkelijk is dat het in de praktijk regelmatig voorkomt dat overeenkomsten (synoniem met contracten) tussen partijen die elkaar vertrouwen in het geheel niet expliciet worden geformuleerd en getekend. Dit is niet alleen regelmatig een reden waarom meningsverschillen ontstaan over impliciet gebleven verplichtingen, het is bovendien een enorme belemmering voor het juridisch oplossen van conflicten. Het schriftelijk formuleren van contracten die door partijen worden ondertekend is daarom steeds aan te bevelen. Er zijn standaardonderdelen die in dergelijke contracten niet goed kunnen worden gemist: datering, ondertekening, bevoegde contactpersonen, specificatie van partijen, definities, de rol van algemene voorwaarden in relatie tot het contract, specificaties van verplichtingen van partijen (inclusief service levels), specificatie van procedures voor wijziging van het contract, termijnen, duur van de overeenkomst, of het een resultaats- dan wel inspanningsverplichting betreft, aansprakelijkheidsuitsluitingen (exoneraties), aansprakelijkheidsverdeling, schadevergoedingsbepalingen en eventuele boetebedingen voor het geval niet wordt nagekomen, eventuele boetebedingen, eventuele vrijwaringen, wijzen van en condities voor beëindiging, keuzen van het geldende recht, van de wijze van conflictoplossing (eventueel: arbitrage), van het bevoegde gerecht/de bevoegde instantie.

LR (29) Het schriftelijk formuleren van contracten die door partijen worden ondertekend is een vereiste (voorkómen misverstanden, bewijspositie bij conflicten). Er zijn standaardonderdelen die in dergelijke contracten niet goed kunnen worden gemist: datering, ondertekening, bevoegde contactpersonen, specificatie van partijen, definities, de rol van algemene voorwaarden in relatie tot het contract, specificaties van verplichtingen van partijen (inclusief service levels), specificatie van procedures voor wijziging van het contract, termijnen, duur van de overeenkomst, of het een resultaats- dan wel inspanningsverplichting betreft, aansprakelijkheidsuitsluitingen (exoneraties), aansprakelijkheidsverdeling, schadevergoedingsbepalingen en eventuele boetebedingen voor het geval niet wordt nagekomen, eventuele vrijwaringen, wijzen van en condities voor beëindiging, keuzen van het geldende recht, van de wijze van conflictoplossing (eventueel: arbitrage), van het bevoegde gerecht/de bevoegde instantie.

Het contractenrecht zal bij publiek private samenwerking voor overheidsdiensten verbonden zijn met het administratieve recht: zij moeten tegelijkertijd voldoen aan de eisen van het publieke recht, en de wederpartij in de overeenkomst zal zich daarvan bewust moeten zijn.

Het contractenrecht is omvangrijk. Voor het onderhavige project pik ik er een paar belangrijke aspecten uit: (1) hoe contractuele bepalingen bij verschil van inzicht juridisch worden uitgelegd, ook waar het de tweewegenleer betreft, (2) vrijwaring en aansprakelijkheidsbeperking en (3) consumentenbescherming.

5.12.1 De uitleg van contractuele bepalingen

Haviltex en CAO Het ligt bij de beoordeling van contractuele bepalingen voor de hand om aandacht te besteden aan en uit te gaan van de Haviltex formule:

“De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van pp. is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. kan worden verwacht.” (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635).

deze formule speelt een uitermate belangrijke rol bij het juridisch interpreteren van afspraken. Dit criterium is later aangevuld voor afspraken waaraan partijen zich hebben te houden, zonder dat zij hun wil direct hebben kunnen bepalen - bijvoorbeeld bij CAO's. Deze formule luidt:

“Bij de uitleg van een CAO-bepaling dient in beginsel doorslaggevende betekenis te worden toegekend aan de bewoordingen van de betreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de CAO (en de eventueel daarbij gepubliceerde toelichting).” HR 17 en 24 september 1993, NJ 1994, 173 en 174).

en is gebaseerd op het argument dat degenen die onder een CAO vallen deze moeten kunnen begrijpen aan de hand van de tekst, omdat zij niet bij de opstelling ervan betrokken waren maar er wel van afhankelijk zijn. Derhalve is het veilig om de CAO-formule van toepassing te achten waar het gaat om de verhouding met consumenten voor zover die vorm krijgt in algemene voorwaarden.

Bij het opstellen van de algemene voorwaarden voor de PortNL dienst die beogen de consument te binden moet er mee gerekend worden dat de tekst bij juridische geschillen puur tekstueel zal worden uitgelegd. LR (30)

Anderzijds mag worden aangenomen dat de Haviltexformule van toepassing is op contracten tussen de in PortNL verenigde instituties. Daarbij valt te overwegen dat waar het gaat over in een contractueel arrangement deelnemende overheidsdiensten moet worden meegenomen dat hun bewegingsruimte niet alleen kan zijn beperkt door de algemene publiekrechtelijke begrenzingen van de contractvrijheid (bijvoorbeeld: mededinging, privacy) maar ook door bestuursrechtelijke voorschriften die het handelen van de betreffende bestuursdiensten *als bestuursdienst* regelen. Een en ander leidt tot betrekkelijk complexe overwegingen die ik in de voetnoot¹⁸ heb uitgewerkt voor de aanbesteding (immers een standaardregeling voor het contracteren tussen overheid en bedrijfsleven). Die beschouwing leidt tot de volgende formulering:

Het gaat bij compliancebeoordelingen naar aanleiding van geschillen over contracten van publiek-private samenwerking om hoe het Haviltex criterium als volgt nadere invulling behoeft met het oog op de geschillen in PPS constructies over door overheidsdiensten gestelde eisen: de taalkundige interpretatie van wat over en weer is gesteld, de vraag, of alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige ondernemingen/overheidsdiensten een gestelde eis op dezelfde wijze zouden uitleggen komt er uiteindelijk op aan dat de LR (31)

bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van de overeenkomst en de daarbij behorende bijlagen zulks ondersteunt met dien verstande dat daarbij rekening wordt gehouden met de context (die is gegeven met de PPS-constructie en haar doel) – de context van het bestuursrecht vereist dat de eisen van de overheidsdienst objectief, non-discriminatoir en transparant zijn geformuleerd – en met de verkeersopvatting (zie ook [7]) die vereist dat de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en dat hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten ook geldt voor de verwachtingen die door overheidsdiensten zijn gewekt, waarbij van belang kan zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.

5.12.2 Niet-nakoming: aansprakelijkheid, overmacht, exonerationen, schadevergoeding, boetebedingen, vrijwaring, verzekering

Pacta sunt servanda (afspraken moeten worden nagekomen) is het adagium dan aan de basis ligt van het burgerlijk recht. Wanneer partijen een contract hebben gesloten ligt het voor de hand dat ze gaan rekenen op dat wat is toegezegd. Niet-nakoming (wanprestatie) kan dan een oorzaak van schade zijn. Daarom worden er in contracten afspraken gemaakt over wat de gevolgen van niet-nakoming zullen (kunnen) zijn. Ik onderscheid twee soorten risico's: niet nakoming te kwader trouw en niet nakoming om andere redenen.

In het eerste geval gaat het erom in een zo vroeg mogelijk stadium maatregelen te treffen waarmee een indruk kan worden gekregen over de betrouwbaarheid van de wederpartij. Bij onzekerheid daarover kan bijvoorbeeld worden bedongen dat aan de aanvang een garantiesom in depot wordt gegeven bij een notaris. Het recht staat niet aan de kant van de kwade trouw: zo is het niet mogelijk om aansprakelijkheid uit te sluiten voor schade die opzettelijk is toegebracht of die het gevolg is van grove nalatigheid.

In het tweede geval gaat het erom de schaderisico's zo te verdelen dat er bij beidepartijen *incentives* overblijven om aan het contract deel te nemen en om hun verplichtingen zo goed mogelijk na te komen. Een hele reeks van mogelijkheden dient zich aan, variërend van verontschuldigungsarrangementen bij overmacht, niet-betaling bij wanprestatie, tot het verbeuren van een boete, het vrijwaren tegen aanspraken door derden (auteurs- en octrooikwesties) en het verplicht stellen van een verzekering.

LR (32) De contractuele bepalingen over wat de gevolgen zullen zijn van non-conformiteit, van niet-nakoming overeenkomstig de afspraken, dienen per geval te worden beoordeeld, ook in het licht van de prikkels die ervan uitgaan om volledig na te komen. Overmacht, exonerationen, schadevergoeding, boetebedingen, vrijwaring, verzekering zijn enkele van de trefwoorden welke hier spelen.

5.12.3 Algemene voorwaarden, consumentenbescherming

Wanneer afspraken worden gemaakt tussen partijen met verschillende rollen, dat wil zeggen dat het gaat om afspraken die een bepaald scenario volgen en die vaker zullen moeten worden gemaakt, ligt het voor de hand voor partijen om gebruik te maken van gestandaardiseerde contracten. Omdat in veel gevallen ook specifieke, individuele afspraken

moeten worden gemaakt worden de bepalingen die universeel geacht worden voor een partij toepasbaar te zijn vaak ondergebracht in een verzameling algemene voorwaarden van een partij, en worden deze voorwaarden integraal onderdeel van het individuele contract. Wanneer beide partijen algemene voorwaarden hanteren kunnen deze met elkaar in strijd zijn - die inconsistenties moeten worden opgehelderd. Het komt daarbij wel voor dat de partij met de meeste (markt)macht de overhand krijgt. Dit komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in de beschermende juridische arrangementen, met name van consumenten. In het Burgerlijk wetboek zijn bepalingen opgenomen over welke bepalingen wel en welke niet in algemene voorwaarden zijn toegelaten.

Bij het inrichten van standaardcontracten en algemene voorwaarden dient PortNL rekening te houden met het consumentenrecht (waar het gaat om de dienstverlening jegens consumenten) en met de omstandigheid dat de opgenomen bepalingen voor de wederpartij niet onredelijk bezwarend zijn (Bw 6:233). LR (33)

Algemene voorwaarden en standaardcontracten zijn belangrijke hulpmiddelen om de transactiekosten die gemoeid zijn met het aangaan van overeenkomsten te beperken. Ze zijn voorts van groot belang waarbij het gaat om standaardiseringsafspraken tussen meerdere partijen die gezamenlijk bijdragen aan een dienst (als bij PortNL).

5.13 *Het strafrecht*

Pro memorie. Het spreekt vanzelf dat PortNL zijn activiteiten zodanig inricht dat de dienst geen activiteiten ontplooit die in strijd komen met het strafrecht.

5.14 *Proces- en bewijsrecht*

Het procesrecht en het bewijsrecht komen aan de orde wanneer er conflicten zijn ontstaan die juridisch moeten worden opgelost. Het is verstandig om bij de inrichting van de PortNL dienst ermee rekening te houden dat de positie in een dergelijk geval stevig is. Voor de betekenis van het procesrecht zij hier volstaan met de opmerking dat professioneel-juridische ondersteuning per geval gewenst is: de procesrechtelijke mogelijkheden en risico's vallen hier niet in algemene termen te behandelen.

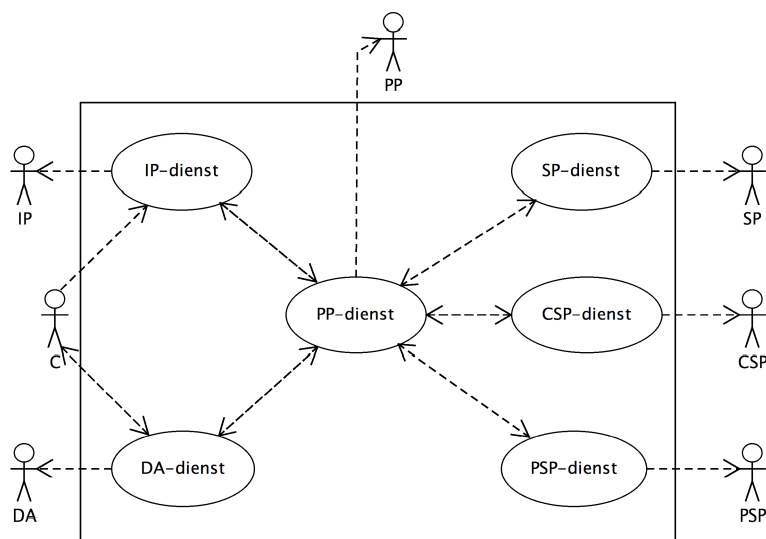
Voor zover het gaat om het voorbereiden van een stevige bewijspositie in genoemde gevallen moet ermee rekening worden gehouden dat een via ICT aangeboden dienst de mogelijkheid biedt om de beschikking te houden over adequate bewijsmiddelen via dossiervorming volgens een betrouwbare werkwijze.

Het verdient aanbeveling om de dienst van PortNL zodanig vorm te geven en in te richten dat de informatie die een bewijsrol kan spelen bij conflictoplossing op een betrouwbare wijze beschikbaar blijft. Daarover (over de aanvaardbaarheid van administratieve 'logs' als aanvaardbare bewijsmiddelen) kan ook in de contracten worden overeengekomen. LR (34)

6 Juridische toets van van PortNL

6.1 Institutionele structuur

Ik geef in Figuur 3 een van Figuur 2 afwijkende, alternatieve architectuur van afhankelijkheids- en verantwoordelijkheidsrelaties tussen de deelnemende rollen.



Figuur 3: Alternatieve afhankelijkheidsarchitectuur voor PortNL

Om te beginnen heb ik in Figuur 3 geprobeerd de wederzijdse afhankelijkheden zoveel mogelijk te minimaliseren door de coördinerende rol van PortNL te benadrukken.

Ik ga ervan uit dat we door zo'n configuratie te analyseren wel zullen kunnen achterhalen welke vereisten er zullen gelden voor zowel de afspraken die met eventueel nieuwe dienstverleners moeten worden gemaakt als voor de afspraken die met de deelnemende rollen moeten zijn gemaakt.

Aannemende dat het aanschuiven c.q. afhaken van dienstverleners nog even buiten beschouwing wordt gelaten leidt Figuur 3 tot een aanmerkelijk overzichtelijker interpretatie dan Figuur 2. Dat komt doordat een aanvullende aanname is gemaakt, namelijk dat alle communicatie van de DA met de SP/CSP/PSP/IP-diensten en omgekeerd verloopt via de coördinerende afspraken met (en ondertoezicht van) de PP-dienst. In deze weergave blijft PP de spin in het web, verantwoordelijk voor de coördinatie van de gehele PortNL-dienstenconfiguratie. Op deze wijze kunnen we de Figuren 2 en 3 gebruiken voor een

nadere beschouwing die zou kunnen leiden tot een tweetal scenario's met aannemelijke verantwoordelijkheidstoedelingen.

Ik ga er overigens van uit dat de structuur als weergegeven in Figuur 3 het meest overeenstemt met de juridische uitgangspunten van B-dossier, en dat de Figuur als weergegeven in Figuur 2 het meest overeenstemt met de functionele en operationele uitgangspunten van B-Dossier. Dat betekent dat zowel Figuur 2 als Figuur 3 van betekenis zijn: Figuur 2 voor de operationele architectuur van de dienst en Figuur 3 voor de juridische architectuur. Als de afspraken volgens Figuur 3 vorm krijgen moeten ze zo in elkaar steken dat de operationele architectuur van Figuur 2 erdoor wordt ondersteund. Ook om die reden is er in vergelijking met de huidige vormgeving van het PortNL project een nadere onderscheiding gemaakt in service providers (zie Tabel 7).

1. SPs: publiekrechtelijke rechtspersonen in de rol van dienstverlener (gemeenten, IND etc.)
2. CSPs: commerciële dienstverleners (Banken, werkgevers, scholen etc.)
3. PSPs: dienstverleners die de materiële *coördinerende* diensten voor PP verrichten (vraagverheldering, verhalenmachine etc.)
4. IPs: dienstverleners die de Authenticatie van de gebruikers verzorgen (bijvoorbeeld: DigiD, als mogelijk)
5. DAs: dienstverleners die de levering van de dienst verzorgen (bijvoorbeeld: LAMP webserviceproviders)
6. PP: de dienstverlener die zorgt voor de coördinatie van de overige deelnemers, standaarden stelt en contracten sluit (PortNL).
7. ICTPs: de dienstverleners die bij de bouw, de installatie en het onderhoud van ICTcomponenten van de dienst zijn betrokken.

Tabel 7: Onderscheiden service provider rollen

Het meest in het oog springende verschil is de onderscheiding tussen PP en PSPs. Thans zijn de PSP-functies in PortNL verenigd. Daarmee ontstaat vanuit juridisch gezichtspunt een vermenging van verantwoordelijkheden die de transparantie niet bevordert. Op die grond meen ik dat het aanbeveling verdient een PP in te richten die de dienst PortNL juridisch vormgeeft en zorgt voor de standaards en overige afspraken waaraan de deelnemende instituties zich te houden hebben, en om aparte afspraken te maken met bijzondere dienstverleners (PSPs) die de functies verzorgen waarvoor verwerking van informatie vanuit meerdere andere dienstverleners noodzakelijk is. PSPs kunnen elke rechtspersoonlijkheidsvorm hebben die bij hen (en bij het stadium waarin de ontwikkeling van hun dienst zich bevindt) past.

De meest in het oog springende aanvulling ten opzichten van de rollen als gegeven in Tabel 1 zijn de ICTPs, de rechtspersonen die bijdragen aan bouw en onderhoud van benodigde ICT producten. Voor hen geldt wat hieronder over DAs wordt gesteld.

Alvorens in te gaan op de vraag welke ondernemingsrechtelijke vorm voor PP kan worden aanbevolen moet nog iets worden gezegd over de vermoedelijke rechtsvormen van IPs en DAs. Er lijkt geen bezwaar tegen te zijn om DAs te zoeken in de markt en eisen te stellen aan hun deskundigheid en ervaring. Hier gaat het om standaardovereenkomsten die in de IT-wereld veelvuldig worden gesloten en waarvan het niet onmiddellijk voor de hand ligt dat ze in het geval van PortNL door overheidsinstanties (als ICTU) voor hun rekening moeten worden genomen (al lijkt daartegen ook geen bezwaar te bestaan).

Ten aanzien van de IPs ligt dat mogelijk anders. Er zijn hier wederkerige belangen: PortNL moet weten met wie het te doen heeft als consument, en de consument moet weten met wie hij/zij te doen heeft als PortNL en haar deelinstituties, en met welk mandaat deze hun diensten aanbieden en verlenen. In dat licht – als voorwaardescheppend voor het ontstaan van wederzijds vertrouwen – is de betekenis van de IP een zo bijzondere, en is de betekenis van het kunnen doen van gezaghebbende uitspraken over publiekrechtelijke mandaten zo elementair dat het voor de hand ligt om hier te zoeken naar een publiekrechtelijk verantwoordelijke met een publiekrechtelijke rechtsvorm.

De vraag die overblijft is dan welke de meest voor de hand liggende ondernemingsrechtelijke vorm is voor PP/PortNL. Ik ga er daarbij van uit dat het B-dossier project het voorbereidend onderzoek heeft voltooid op basis waarvan de door PP en PSPs te leveren diensten kunnen worden verwezenlijkt en op basis waarvan met de deelinstituties contracten kunnen worden gesloten, maar dat de financierings- en bedrijfsmodellen nog onduidelijk zijn. In dat licht kan misschien een licht worden geworpen op welke modellen kansrijk zouden kunnen zijn door de belangen bij een operationele PortNL per deel-institutierol expliciet te maken. Ik doe dat zo goed als dat kan in Tabel 8.

Voor SPs valt in te zien dat deelname aan PortNL voor hen waarde heeft: een betere en meer efficiënte ondersteuning van de toegankelijkheid van Nederland voor expats – het tegemoetkomen aan een specifiek benoemde politieke doelstelling, gecombineerd met de algemene bestuursrechtelijke doelstelling van efficiënte doeltreffendheid. De hele heterogene, complexe en coöperatieve dienst is ondenkbaar zonder de coördinerende, standaardiserende en sturende werking van een institutie (die hier PortNL of PP wordt genoemd). Vanuit het wederkerigheidsprincipe zullen betreffende SPs bereid kunnen worden gevonden daar iets tegenover te stellen.

Voor CSPs valt eveneens in te zien dat deelname aan PortNL voor hen waarde heeft: een directe, vroege toegang tot een bijzondere categorie van nieuwe klanten (expats). De hele heterogene, complexe en coöperatieve dienst is ondenkbaar zonder de coördinerende, standaardiserende en sturende werking van een institutie (die hier PortNL of PP wordt genoemd). Voor CSPs zal de waarde groter zijn, naarmate ze een meer exclusieve positie innemen bij de dienstverlening. Vanuit het wederkerigheidsprincipe zal de toegang tot expats (als nieuwe klanten) voor CSPs in een sector een waarde hebben die evenredig is aan de omzet die ze beloven te vertegenwoordigen. Met andere woorden: de toename van het aantal CSPs in een bepaalde sector zal de omvang van de daarvoor beschikbaar te stellen tegenprestatie noch verhogen noch verlagen (even afgezien van de toegenomen coördinatiekosten).

Rol/dienst	Eigenbelang	Belang C	Belang bij PortNL
SP	Efficiënte/goede uitvoering publieke taak (ondersteuning toegang expats)	Administratieve lastenvermindering	Coördinatie, standaardisatie, governance
CSP	Winst (directe, vroege toegang tot nieuwe klanten)	Verbeterde toegang tot commerciële diensten	Coördinatie, standaardisatie, governance
PSP	Financiering (ideëel: toegevoegde waarden op basis van datacombinatie)	Kwalitatief betere toegang tot publieke en tot commerciële diensten	Coördinatie, standaardisatie, governance, financiering
IP	Financiering/winst (infrastructureel: authenticatie)	Vertrouwen in PortNL	Governance, financiering
DA	Winst (dienstverlening aan PortNL)	Gebruik van PortNL, responsetijden, <i>uptime</i>	Governance, financiering
ICTP	Winst (dienstverlening aan PortNL)	Beschikbaarheid PortNL software	Governance, financiering

Tabel 8: Belangen bij PortNL per rol

Voor Cn (niet in Tabel 8 opgenomen) is PortNL bedoeld en voor hen vertegenwoordigt de dienst een waarde. Vanuit het wederkerigheidsprincipe kan daartegenover een prijs worden gevraagd. Of dat wel of niet zal gebeuren is een (bedrijfs)politieke vraag.

Voor PSPs, IPs, DAs, en ICTPs, tenslotte, kan worden aangenomen dat PortNL voor hen waarde heeft als reguliere opdrachtgever. De hele heterogene, complexe en coöperatieve dienst is ondenkbaar zonder een coördinerende en sturende opdrachtgever (die hier PortNL of PP wordt genoemd). Wanneer de genoemde vier deelinstituties vorm krijgen als commerciële bedrijven zal daarbij met een winstoogmerk moeten worden gerekend, wanneer het gaat om stichtingen of publiekrechtelijke rechtspersonen zal daarbij niet hoeven worden gerekend met een winstoogmerk, maar wel weer met het ontbreken van “de tucht van de markt.” Al met al zal er mee moeten worden gerekend dat er evenwicht ontstaat en blijft bestaan tussen enerzijds de baten die door SPs en CSPs worden geleverd en die via PP moeten worden doorgesluisd als tegemoetkoming van de kosten die gemoeid zijn met het inschakelen van PSPs, IPs, DAs en ICTPs – en ook, natuurlijk met de kosten die gemoeid zijn met het in het leven roepen en houden van PP zelf. In formule:

$$\text{baten } (Cn, SPs, CSPs) \approx \text{facturen } (PSPs, IPs, DAs, ICTPs) + \text{kosten } (PP)$$

Eén en ander houdt in dat de consumenten, tezamen met de publiekrechtelijke en de commerciële service providers de middelen moeten opbrengen om de diensten van de overige providers (PortNL provider, PortNL service providers, IPs, DAs en ICTPs) te betalen.

Op basis van het voorafgaande kunnen keuzen worden gemaakt ten aanzien van de ondernemingsrechtelijke vorm, keuzen die ik samenvat in Tabel 9.

	C	IP	ICTP	DA	CSP	PSP	SP	PP
Agentschap		!	!	!			!	
Bestuursdienst							!	
Gemeente							!	
ZBO							!	
Stichting	!	!	!	!		!		!
Coöperatieve vereniging	!		!	!	!	!		!
N.V./B.V.	!		!	!	!			
Commanditaire vennootschap	!		!	!	!			
Maatschap	!		!	!	!			
Persoon	!							

Tabel 9: PortNL rollen en hun rechtspersoonlijkheid

Consumenten (expats) zijn personen. Toch moet bij het aangaan van overeenkomsten rekening worden gehouden dat zij zich zullen kunnen laten vertegenwoordigen (door stichtingen en alle mogelijke varianten van commerciële rechtspersonen) in die gevallen dat dat vanuit de deelnemende diensten is toegestaan. Bij het opstellen van relevante (standaard)contracten moet daarmee rekening worden gehouden.

De identity provider is een dienst met een voorwaarden scheppende, infrastructurele taak voor alle transacties met (deel)instituten van PortNL. Voor de hand ligt om aan die taak publiekrechtelijke betekenis toe te kennen en hem in onze rechtscultuur niet te delegeren aan commerciële partners. Het ligt daarmee in de rede om te verwachten dat IP(s) een bestuursrechtelijke vorm zullen krijgen. Omdat het daarbij gaat om samenwerking tussen verschillende bestuursdiensten, en ook omdat de betekenis van een identity provider in de digitale wereld van sterk toenemende betekenis lijkt te worden de kies ik voor het agentschap/de publiekrechtelijke stichting als de meest passende organisatievorm.

ICTP en DA zijn de twee ICT-dienstverleners, de eerste aan het begin van de keten (de bouwers van de applicaties) en de tweede aan het einde, bij de operationele beschikbaarstelling. Het is gebruikelijk dat dit type diensten wordt gevoerd door het bedrijfsleven, al is het ook mogelijk dat de overheid dergelijke diensten *in house* levert, of via een publiek-privaat samenwerkingsverband. Met beide mogelijkheden moet rekening worden gehouden, al lijkt een commerciële invulling onder de *governance* en het toezicht van PP het meest voor de hand te liggen.

CSPs De commerciële service providers zullen ook een civielrechtelijke rechtsvorm hebben.

PSPs De publiekrechtelijke service providers die kwalitatieve meerwaarde (beogen te) leveren aan PortNL zullen een publiekrechtelijke vorm hebben, of een niet-commerciële

vorm die de samenwerking tussen publiekrechtelijke dienstverleners ondersteunt (als de stichting), of de coöperatieve vereniging als rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid van winst. Het lijkt zinvol om met beide vormen rekening te houden, omdat PSPs niet alleen afhankelijk zijn van samenwerking en van de daarbij uit heterogene richtingen beschikbaar komende informatie, maar omdat PSPs bij uitstrek daar zullen opereren waar sprake is van innovatie en nog niet goed kan worden overzien hoe succesvol de resultaten zullen zijn/worden.

SPs De publiekrechtelijke service providers hebben publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid. Hun deelname aan PortNL moet vanuit hun wettelijke taak zijn gelegitimeerd.

PP (PortNL) is dan de vooralsnog virtuele rechtspersoon die het geheel coördineert en integreert en in leven houdt. Gelet op het voorafgaande zijn de deelnemende instituties mogelijk van allerlei aard. Dat betekent dat PP een vorm moet krijgen die geschikt is voor publiek-private samenwerking. Mijns inziens is hierbij de coöperatieve vereniging (waarbij de publiekrechtelijke instituties de leden zijn en het te behartigen belang de effectieve en efficiënte, geïntegreerde dienstverlening aan toetredende expats is en waarbij contracten worden gesloten met SPs, PSPs, DAs en ICTPs) de rechtsvorm die het beste aansluit op waar het bij PortNL om gaat.

6.2 Contracten en statuten

Ik ga verder uit van PortNL als bedrijfscoöperatie, waarbij de leden (SPs) het bedrijf uitoefenen en de coöperatie (PP) de inkoop, verkoop en/of bepaalde diensten (van IP, DA, PSP, CSP) voor de leden (SPs) verzorgt. Op deze wijze kan mijns inziens het meest natuurlijk worden gewerkt aan het eerdergenoemde evenwicht:

$$baten (Cn, SPs, CSPs) \approx \text{facturen} (PSPs, IPs, DAs, ICTPs) + \text{kosten} (PP)$$

dat een noodzakelijke institutionele voorwaarde beschrijft voor een levensvatbaar PortNL.

6.3 Statuten

In de statuten moet alsdan tenminste worden geregeld:

- Welke SPs de leden zijn,
 - wat hun financiële inbreng is (investering),
 - wat hun ‘productie-inbreng’ is, en aan welke standaards die inbreng kan worden gebonden,
 - op welke wijze hun aansprakelijkheid wordt beperkt,
 - op welke wijze zij deelnemen aan het besturen van PP,
 - welke bevoegdheden daarbij aan PP kunnen en zullen worden gedelegeerd (ook: hoe en wanneer kan worden beëindigd),
 - wat de doelen zijn die PP dient te verwezenlijken,

- met welke rollen PP overeenkomsten kan aangaan om die doelen te bewerkstelligen,
 - hoe het lidmaatschap kan worden beëindigd, nieuwe leden kunnen toetreden,
 - hoe de PP eventueel kan worden geliquideerd,
 - hoe over bovenstaande nadere afspraken kunnen worden gemaakt c.q. er nadere invulling aan kan worden gegeven.
- Welke diensten de PP voor de leden verricht, waaronder in elk geval
 - het maken en aangaan van standaardcontracten met CSPs (inbreng van CSPs),
 - het maken en aangaan van standaardcontracten met Cn (eventueel: inbreng van Cn),
 - het maken en aangaan van standaardcontracten met PSPs (waar nodig: aanbesteden),
 - het maken en aangaan van standaardcontracten met IPs (waar nodig: aanbesteden),
 - het maken en aangaan van standaardcontracten met DAs (waar nodig: aanbesteden),
 - het maken en aangaan van contracten met ICTPs (waar nodig: aanbesteden).
 - Op welke wijze eventuele winsten of verliezen zullen worden verrekend, waarbij in elk geval
 - garantiestellingen voor verliezen door de leden (tot hoever),
 - winsten naar R&D (tot hoever),
 - bijstellen inbrengbedragen van CSPs en/of Cn

Voor nadere beschouwingen over hoe PortNL als coöperatie (of als stichting of een andere rechtspersoon: in beginsel is alles mogelijk zelfs een covenant – alleen sluit de coöperatie met haar leden, en eventueel commerciële belangenbehartiging beter aan op de voorliggende situatie) van statuten wordt voorzien is verder buiten de grenzen van wat hier kan worden behandeld. Dit is werk voor praktijkjuristen. [De coöperatievorm is bij mijn weten geen gebruikelijke vorm voor PPS-constructies, toch komt zij wel voor (gemeente Breda).] Volstaan zij hier dat het inrichten van een PPS-rechtspersoon voor de PortNL mogelijk is, en dat bij het opstellen van de statuten rekening moet worden gehouden met het specifieke equilibriumvereiste als hiervoor weergegeven in de formule, alsmede met de elders besproken legal requirements *LR (1)* t/m *LR (16)*.

6.4 Contracten

Ten aanzien van de contracten gelden in zijn algemeenheid de requirements als weergegeven in Tabel 17, *LR (19)* t/m *LR (23)*. Daarin zijn algemene vereisten geformuleerd omtrent contracten, hun standaardinhoud, over de zorg die aan formuleringen moet worden besteed in het licht van de wijze waarop contractbepalingen in juridische procedures

worden gelezen, over de aandacht die moet worden besteed aan hoe wordt omgegaan met situaties waarin bepalingen niet worden nagekomen en over de zorg die moet worden besteed aan de inhoudelijke formulering van algemene voorwaarden – ook en met name waar de wederpartij een consument is. Zolang er geen contracten zijn kan een juridische toets niet veel verder gaan dan vast te stellen dat de beoogde functionaliteit juridisch in beginsel kan worden verwezenlijkt onder de aanbeveling om (1) er bij het maken van bedoelde contracten rekening mee te houden en (2) professionele juridische ondersteuning in te roepen.

Maar er is niet voor niets energie is gestoken in het identificeren van de overige requirements, ik wil ze alleen zo bondig en toegankelijk mogelijk hun betekenis in het project geven. Enerzijds ligt het voor de hand om onderscheid te maken tussen vijf soorten van contracten/overeenkomsten.

Type 1 Samenwerkingsovereenkomsten PP – SPs (institutioneel, tussen publiekrechtelijke partijen: SPs als ‘leden’).

In deze contracten worden afspraken gemaakt tussen PP en de toetredende SP. De kunst is om de afspraken zo te formuleren dat de dienst goed kan blijven functioneren. De PP zal de nodige eisen (en sancties) stellen die de legitimiteit van de dienst bewaken (bijvoorbeeld vereisten die voortvloeien uit het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, uit het intellectuele eigendomsrecht, uit het aanbestedingsrecht), die de kwaliteitsbewaking ondersteunen (logging) en die de flexibiliteit van de dienst bewaken (bijvoorbeeld ter ondersteuning van wijzigingen in de configuratie van providers). Voor deze contracten geldt dat ze de architectuur en de beoogde besturing van de dienst in afzonderlijke afspraken vastleggen, zonder dat onderscheid wordt gemaakt naar welke SP welke inhoudelijke rol speelt. Hier komen de eerste 16 requirements weer van pas.

Type 2 Standaardcontracten PP – (P)SPs (met publiekrechtelijke providers: SPs en PSPs, evt. IP en DAs).

In deze contracten worden afspraken gemaakt tussen PP en de publiekrechtelijke providers (de SPs en PSPs, eventueel met de IP en de DAs). De kunst is om de afspraken zo te formuleren dat de dienst kan functioneren, terwijl de inhoudelijke verantwoordelijkheid bij de providers komt te liggen in plaats van de PP, terwijl de PP de nodige standaarden stelt die nodig zijn voor de verschillende providers om hun taken te kunnen uitvoeren, terwijl de PP de nodige eisen (en sancties) stelt die de legitimiteit van de dienst bewaken (bijvoorbeeld vereisten die voortvloeien uit het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, uit het intellectuele eigendomsrecht, uit het aanbestedingsrecht), die de kwaliteitsbewaking ondersteunen (logging) en die de flexibiliteit van de dienst bewaken (bijvoorbeeld ter ondersteuning van wijzigingen in de configuratie van providers). Voor deze contracten geldt dat ze de architectuur en de beoogde werking van de dienst in afzonderlijke afspraken vastleggen. Voorts moet worden gerekend met de omstandigheid dat er verschillen zullen zijn tussen contracten met SPs en PSPs enerzijds en de IPs en DAs anderzijds. Voor de laatste twee is het immers niet vanzelfsprekend dat hun taken *niet* door een commerciële partij zullen worden verzorgd. Dit is relevant vanuit mededingingsrechtelijk c.q. aanbestedingsrechtelijk gezichtspunt.

Type 3 Standaardcontracten PP – CSPs (met commerciële providers, evt. IP en DAs).

In deze contracten worden afspraken gemaakt tussen PP en de CSPs (waaronder eventueel de IP en de DAs). De kunst is om de afspraken zo te formuleren dat de dienst kan functioneren, terwijl de inhoudelijke verantwoordelijkheid bij de providers komt te liggen in plaats

van de PP, terwijl de PP de nodige standaarden stelt die nodig zijn voor de verschillende providers om hun taken te kunnen uitvoeren, terwijl de PP de nodige eisen (en sancties) stelt die de legitimiteit van de dienst bewaken (bijvoorbeeld vereisten die voortvloeien uit het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, uit het intellectuele eigendomsrecht, uit het aanbestedingsrecht), die de kwaliteitsbewaking ondersteunen (logging) en die de flexibiliteit van de dienst bewaken (bijvoorbeeld ter ondersteuning van wijzigingen in de configuratie van providers). Voor deze contracten geldt dat ze de architectuur en de beoogde werking van de dienst, voorzover verzorgd door commerciële instituties, in afzonderlijke afspraken vastleggen, zonder dat onderscheid wordt gemaakt naar welke institutie een bepaalde rol speelt. De ene bank moet door de andere bank kunnen worden vervangen zonder dat er inhoudelijk een ander contract hoeft worden gemaakt. Dat betekent ook, dat deze standaardcontracten zodanig moeten zijn opgesteld dat er providers kunnen worden gevonden die willen deelnemen. Hier komen de eerste 16 requirements weer van pas.

Type 4 Standaardcontracten PP – C (consumenten).

In deze contracten worden de wederzijdse verplichtingen van consumenten en de dienst (PP) vastgelegd, waarbij PP ook namens de deelnemende instituties eisen formuleert. Met name zijn hier van belang het consumentenrecht en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Toestemming zal in elk geval expliciet moeten worden gevraagd voor het bewerken en bewaren van die gegevens ten behoeve van de taken van de deelnemende instituties.

Type 5 Ad hoc contracten PP – ICTPs.

Contracten met ICT ontwikkelaars zijn geen standaardcontracten. Vragen van intellectuele eigendom, van compliance en van aanbestedingsrecht zijn hier veelvuldig aan de orde. Bij deze contracten moet grote aandacht worden besteed aan het formuleren van de functionele en de technische eisen te stellen aan het gevraagde product, alsmede aan de ‘service levels’ die ze aankunnen. Omdat dit aspect niet bij de opdracht behoort besteed ik er verder geen aandacht aan.

Ik zie het hier niet als mijn taak om eerst standaardcontracten te ontwerpen, en ze vervolgens aan een juridische toets te onderwerpen. Ik pak de juridische toets daarom anders aan.

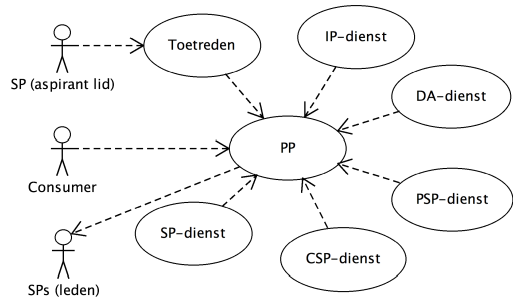
6.5 Requirements en use cases

Ik geef in deze sectie een functionele beschrijving van enkele belangrijke functies van de dienst met behulp van use cases. Aan de hand daarvan geef ik aan wat de eerdergenoemde vereisten zullen inhouden om de dienst legitiem te kunnen exploiteren en waar die vereisten contractueel op de meest voor de hand liggende plaats kunnen worden geformuleerd.

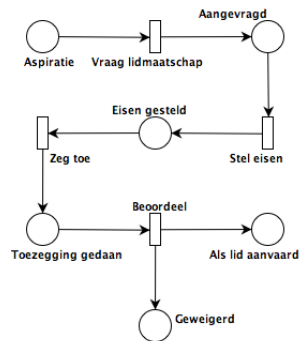
6.5.1 Toetreding (uittreding) van een SP (als lid)

SPs hebben in het kader van PortNL twee petten op: één als lid van de coöperatie (of welke PPS-constructie ook wordt gekozen) en één als functionele deelnemende institutie van de dienst. Als een SP wil toetreden als lid krijgt hij een meebeslissende taak en moet hij aan de voorwaarden voldoen om die taak te kunnen vervullen. Een belangrijk juridisch issue is hier dat degeen die de betreffende publiekrechtelijke dienst vertegenwoordigt voldoende

bevoegdheden gedelegeerd heeft gekregen om dat te kunnen doen. Wanneer gebruik zal worden gemaakt van PSP-diensten zullen de afspraken over het beschikbaar stellen van de benodigde informatie al bij toetreding moeten worden gemaakt, net als de afspraken over het gebruiken van communicatiestandaards en over het loggen van de activiteiten ten behoeve van het toezicht. In schema's:



Figuur 4: Use case diagram toetreden aspirant SP (lid)



Figuur 5: Activiteiten diagram toetreden SP

Het use case diagram laat zien dat toetreding van een SP als lid van PP voor alle deelnemende instituties gevolgen hebben kan. Het activiteendiagram laat zien dat hun inspraak daarbij niet vanzelfsprekend is. Het meest voor de hand ligt immers dat bij de overeenkomst PP – SP (lid) de overige deelnemende instituties geen partij zijn. Het is aan PP om met hun belangen te rekenen.

Laat ik de verschillende rechtsgebieden aflopen om te bezien wat de toepasselijke juridische aspecten zijn.

Privaatrecht

- *Bij uit- of toetreding van SPs uit of tot de coöperatie moet allereerst worden voldaan aan de vereisten die hieromtrent in de statuten zijn geformuleerd (type 1). Hoe daaraan door de toetredende SP zal worden voldaan wordt in een overeenkomst nader gespecificeerd. Daarnaast is aan de orde de meer specifieke wijze waarop door de toetredende SP een bijdrage zal worden geleverd aan de verwezenlijking van het gezamenlijke, in de statuten beschreven belang. Omdat het aannemelijk is dat het niet voldoen aan deze afspraken schadelijk zal kunnen zijn voor de overige partijen in de dienst moeten daarover afspraken worden gemaakt - hetzelfde geldt voor uittreding. Hier treedt de tweewegenleer weer naar voren. Het doel van de samenwerking moet kunnen worden gelegitimeerd als behorend tot de uitvoering van een wettelijke taak. De privaatrechtelijke afspraken tussen overheidsdiensten geven een extra, buitenpubliekrechtelijk kader om die taak in gezamenlijkheid te verwezenlijken. Het verdient*

aanbeveling om in deze afspraken expliciet op te nemen of, en zo ja op welke wijze, de bestuursrechtelijke bevoegdheden en verplichtingen welke hieronder aan de orde komen zullen worden gedelegeerd aan PP.

Aanbesteding

- *Bij uit- of toetreding van SPs uit of tot de coöperatie is het aanbestedingsrecht niet van toepassing: er wordt geen dienst of werk gekocht, er wordt geparticipeerd in een organisatie. Het door PP afnemen van diensten van de toetredende SP (waar het aanbestedingsrecht eventueel wel relevant zou kunnen zijn) wordt in afzonderlijke contracten (van type 2) geregeld.*

Mededinging

- *Het mededingingsrecht is tussen publiekrechtelijke organen niet aan de orde.*

Internationaal privaatrecht

- *Niet van toepassing.*

Toepasselijk bestuursrecht (Vreemdelingenrecht e.d.)

- *Bij uit- of toetreding van SPs uit of tot de coöperatie is het rechtsgebied dat haar dienstverlening via PortNL legitimeert (en het daarop gevoerde beleid) van belang met betrekking tot de vraag welke informatie (wederzijds) kan worden gedeeld, waar- toe en onder welke voorwaarden. (Dit geldt niet alleen voor de IND).*

Archiefwet/Wob

- *Voor de (publiekrechtelijke) coöperatie zijn de bepalingen van de archiefwet en de Wob van toepassing. Deze noem ik hier pro memorie omdat ze eisen stellen aan de administratie en de toegang daartoe die bij de deelnemende overheidsdiensten overigens bekend zijn en verder geen belemmering hoeven te vormen. Voor zover PortNL zelf (al dan niet digitaal) documenten ontvangt, verwerkt en uit doet gaan moet de coöperatie hiermee rekenen.*

Privacy

- *Bij toetreden en/of wittreden van een SP als lid van de coöperatie dient te worden rekening gehouden met de vraag of door PP/PortNL/de coöperatie zelfstandig persoonsgegevens zullen worden verwerkt. Aannemelijk is dat dit zal gebeuren bij het uitoefenen van haar taken, dwz bij het houden van toezicht op het nakomen van de gemaakte (al dan niet statutaire) afspraken. In dat licht moet ofwel in de statuten, ofwel in een bijzondere bijlage over de verwerking van persoonsgegevens uitdrukke- lijk worden overeengekomen welke persoonsgegevens door PP voor welk doel mogen worden verwerkt.*

- *Een en ander houdt in dat helderheid wordt geschapen over wie de verantwoordelijke zal zijn voor de verwerking van de persoonsgegevens door PP, wie de bewerker zal zijn (en aan welke voorwaarden hij zal moeten voldoen), of er een functionaris voor de bescherming van de persoonsgegevens zal zijn en zo ja wie die rol zal spelen, voor welk doel de gegevens mogen worden verwerkt, hoelang ze moeten worden bewaard, hoe inzage en correctiemogelijkheden worden geïmplementeerd en op welke wijze ondubbelzinnige toestemming voor deze verwerking zal worden gevraagd van de consumenten.*

Telecommunicatie

- *Niet van toepassing bij de toe- of uittreding van leden in de coöperatie.*

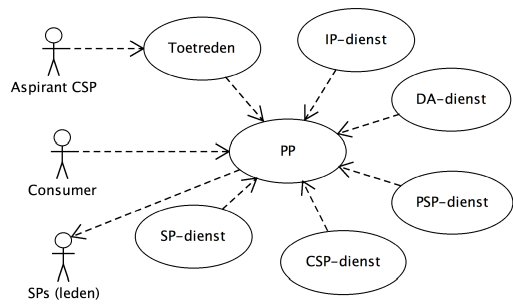
Intellectuele eigendomsrechten

- *Intellectuele eigendomsrechten hebben verschillende eigenaardigheden die in toenemende mate aan het licht treden in de informatiemaatschappij. Om te beginnen vormen ze een risico wanneer ze berusten bij partijen die geen deel uitmaken van het PP-consortium omdat rechthebbenden het verveelvuldigen, openbaarmaken en gebruiken van werken waarop intellectuele eigendom rust domweg kunnen verbieden. Problematisch bij het auteursrecht kan zijn dat op vrijwel alles wat audiovisueel van aard is auteursrechten worden gevestigd door het enkele maken ervan – veel creativiteit wordt voor bescherming niet vereist. In dat licht verdient het aanbeveling om ook al bij toetreding van SP-leden tot de coöperatie af te spreken dat alles wat zij aan audiovisueel materiaal aanleveren, aan modellen, aan computerprogramma's, aan documentatie en dergelijke aan de coöperatie ter gebruik wordt gelicentieerd en dat de coöperatie wordt gevrijwaard door de SP voor aanspraken van derden op intellectuele eigendomsrechten op materiaal dat door de SP wordt aangeleverd. Hoewel het in het algemeen voor de hand lijkt te liggen om intellectuele eigendomsrechten van overheidsorganen onder een GPL (general public license - vrij voor gebruik in het publiek domein) ter beschikking te stellen is dat lang niet altijd mogelijk, bijvoorbeeld in het kader van publiek private samenwerking.*

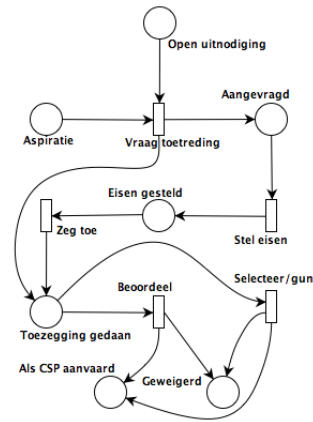
6.5.2 Toetreding (uittreding) van een CSP

Met CSPs moeten ook afspraken worden gemaakt wanneer ze toetreden tot (of uittreden uit) PortNL als samengestelde dienst.

In het betreffende activiteitendiagram is rekening gehouden met de omstandigheid dat er twee verschillende varianten zijn waarlangs een CSP tot deelname aan PortNL kan komen: het kan (1) gaan om een commerciële instelling die brood ziet in deelname omdat hij er meent garen bij te spinnen (in dat geval zal hij om deelname vragen en ervoor willen betalen aan PortNL) en het kan (2) gaan om een dienst waarvan de coöperatie wil dat hij eraan wordt toegevoegd omdat daarmee de doelstelling beter zal worden behaald terwijl voor de betreffende commerciële instellingen er geen winst valt te behalen (in dat geval zal PortNL willen betalen en zelfs moeten aanbesteden wanneer de prijs boven de betreffende drempelwaarde ligt). In het eerste geval loopt de procedure anders dan in het tweede geval (zie Figuur 7).



Figuur 6: Use case diagram toetreden aspirant CSP



Figuur 7: Activiteiten diagram toetreden aspirant CSP

Privaatrecht

- De verplichtingen over en weer tussen PP – CSP moeten contractueel worden vastgelegd waarbij rekening wordt gehouden met wat in LR (29) t/m LR (32) is gesteld. Bovendien is LR (1) van bijzondere betekenis en zijn LR (2) t/m LR (12) van belang voor de stabiliteit van het resultaat. Contracten moeten in beide varianten worden gemaakt. In de contracten moeten de verplichtingen welke voortvloeien uit de hieronder geformuleerde overwegingen worden meegenomen. Tevens moeten afspraken worden gemaakt over welke informatie beschikbaar moet worden gesteld om toezicht te kunnen houden en om PSP-diensten te kunnen verwezenlijken. Daarbij moet er rekening mee worden gehouden dat het contract wanneer nodig kan worden aangepast aan veranderende omstandigheden.

Aanbesteding

- Wanneer het gaat om variant 2 moet door de coöperatie worden aanbesteed (wanneer het gaat om een dienst waarvoor boven het betreffende drempelbedrag moet worden neergeteld).

Mededinging

- Wanneer het gaat om variant 1 moet rekening worden gehouden met het bestuursrechtelijke verbod op willekeur, hetgeen in een mededingingsrechtelijke context betekent dat bedrijven uit eenzelfde, bepaalde markt gelijke kansen hebben om toe te

treden tot PortNL en via dit platform hun diensten aan te bieden aan de consumenten. In dat licht verdient het aanbeveling dat PortNL voor aspirant toetreders CSPs een open uitnodiging formuleert waarin de voorwaarden tot toetreding zijn vastgelegd.

Internationaal privaatrecht

- *Wanneer Europees moet worden aanbesteed moet rekening worden gehouden met niet-Nederlandse aanbieders. Contracten moeten naar Nederlands recht worden gelezen en eventuele conflicten door de Nederlandse rechter worden beslecht. Zie ook LR (21).*

Toepasselijk bestuursrecht

- *Het toepasselijk bestuursrecht is vooral van belang om de grenzen aan te geven waar het gaat om uit te wisselen informatie (persoonsgegevens, toezicht). Voor (aspirant) CSPs moet het duidelijk zijn over welke informatie zij wel, en over welke informatie zij niet gaan kunnen beschikken.*

Archiefwet

- *Niet van toepassing op CSPs.*

Privacy

- *Opheldering dient te worden gegeven aan de toetredende CSP over welke persoonsgegevens die tijdens de dienstverlening beschikbaar komen (door of namens PP door PSPs) door CSPs mogen worden bewaard en verwerkt voor toegevoegde-waardediensten, onder welke voorwaarden (doelbinding) en hoe het toezicht daarop wordt verwezenlijkt.*
- *Dezelfde opheldering dient te worden gegeven door de toetredende CSP over welke persoonsgegevens die tijdens de dienstverlening beschikbaar komen (door CSPs) door PP en PSPs mogen worden bewaard en verwerkt voor toegevoegde-waardediensten, onder welke voorwaarden (doelbinding) en hoe het toezicht daarop wordt verwezenlijkt.*
- *Een en ander houdt in dat helderheid wordt geschapen over wie de verantwoordelijke zal zijn voor de verwerking van de persoonsgegevens door de CSP, wie de bewerker zal zijn (en aan welke voorwaarden hij zal moeten voldoen), of er, en zo ja wie de rol van functionaris voor de bescherming van de persoonsgegevens zal spelen, voor welk doel de gegevens mogen worden verwerkt, hoelang ze moeten worden bewaard, hoe inzage en correctiemogelijkheden worden geïmplementeerd en op welke wijze ondubbelzinnige toestemming voor deze verwerking zal worden gevraagd van de consumenten.*

Telecommunicatierecht

- *Het Telecommunicatierecht betreft vooral rechtspersonen die openbare telecommunicatiediensten aanbieden. Daarmee gaat het vooral om DAs. Deze worden afzonderlijk gecontracteerd op een wijze waarbij de eventuele telecommunicatierechtelijke verplichting bij de DAs blijft.*

Intellectuele eigendomsrechten

- *Intellectuele eigendomsrechten hebben verschillende eigenaardigheden die in toenemende mate aan het licht treden in de informatiemaatschappij. Om te beginnen vormen ze een risico wanneer ze berusten bij partijen die geen deel uitmaken van het PP-consortium omdat rechthebbenden het verveelvuldigen, openbaarmaken en gebruiken van werken waarop intellectuele eigendom rust domweg kunnen verbieden. Problematisch bij het auteursrecht kan zijn dat op vrijwel alles wat audiovisueel van aard is auteursrechten worden gevestigd door het enkele maken ervan – veel creativiteit wordt voor bescherming niet vereist. In dat licht verdient het aanbeveling om ook al bij toetreding van CSP-instituties af te spreken dat alles wat zij aan audiovisueel materiaal aanleveren, aan modellen, aan computerprogramma's, aan documentatie en dergelijke aan de coöperatie ter gebruik wordt gelicentieerd en dat de coöperatie wordt gevrijwaard door de CSP voor aanspraken van derden op intellectuele eigendomsrechten op materiaal dat door de CSP wordt aangeleverd. Omgekeerd moet helderheid worden geschapen over de licentiëring van materiaal dat de CSP via PortNL beschikbaar krijgt.*

6.5.3 Toetreding (uittreding) van een PSP

Voor toe- of uittreding van een PSP gelden de punten als aangegeven bij de toetreding van een SP (wanneer het om een publiekrechtelijke rechtspersoon gaat die de toegevoegde waardedienst gaat leveren), of de punten die gelden bij toetreding van een CSP (wanneer het om een civielrechtelijke rechtspersoon gaat). Ik loop de beoogde PSP-diensten na om een nadere indruk te krijgen over welke informatie van SPs en CSPs nodig zal zijn. Daarbij kan een indruk worden gegeven over de vragen van informatiebeschikbaarheid, delegatie/mandatering, geheimhoudingsverplichtingen, privacy-aspecten (doelbinding), standaardisering en rechten van intellectuele eigendom. Tevens kan een inschatting worden gemaakt over het antwoord op de vraag of de PSP-institutie een betalende (variant 1) of een betaalde partij zal zijn (variant 2).

PP-Dienstverlening: de hoofdfunctie van PortNL is het (bemiddelen bij het) aanbieden van een palet met publieke en private diensten, gericht op expats die een tijd in Nederlands gaan werken. Eigenlijk is dit geen PSP-dienst, maar een overall coördinerende dienst. Uitgangspunt is dat de verantwoordelijkheid voor de feitelijke dienstverlening bij de deelnemende instituties komt te liggen. Deze zijn van drieërlei aard: SPs (publiekrechtelijke dienstverleners), CSPs (commerciële dienstverleners) en PSPs (toegevoegde waardedienstverleners). Het gaat hier over de PSPs. PSPs onderscheiden zich van SPs en CSPs doordat zij hun diensten baseren op kennis

over de manier waarop gebruikers van andere diensten gebruik maken of hebben gemaakt. Zij hebben toegang nodig tot gegevens die ten behoeve van SPs en CSPs worden en werden verwerkt. Om genoemd uitgangspunt te kunnen verwezenlijken heb ik een PSP-dienst toegevoegd, die de overall governance van de samengetelde dienst ondersteunt.

Meer in het algemeen kan nu onderscheid worden gemaakt in soorten PSP-diensten: (1) *inhoudelijk* toegevoegde waarde voor de gebruiker, (2) *juridisch* toegevoegde waarde voor gebruiker en dienstverlener, en (3) noodzakelijke voorwaarden voor het *(kwaliteits)beheer*.

(1) Inhoudelijke toegevoegde waardediensten

Vraagverheldering: Het doel van de vraagverhelderingsmodule is om in dialoog te komen tot een wederzijds begrip van de vraag van de klant.

Verhalenmachine: De verhalenmachine geeft de gebruiker de gelegenheid zich eenvoudiger te herkennen in de geboden informatie en diensten, en krijgt hierdoor eenvoudiger begrip wat de informatie en diensten voor hem kunnen betekenen.

Semantic gateway: Het doel van het ontwerp is om de taalkundige verschillen in de terminologie van dienstverleners te identificeren en ontrafelen om zodoende de dienstverlening optimaal af te kunnen stemmen op de gebruiker.

Stappenplan: Het ontwerp moet de samenstelling van persoonlijke stappenplannen vereenvoudigen en de gebruiker inzicht geven in de te doorlopen stappen.

Tracking en tracing: Deze functionaliteit biedt de actor ondersteuning bij tijdige uitvoering van stappen in een stappenplan en inzicht in de voortgang.

Communicatie: Het doel van het ontwerp is om de gebruiker te ondersteunen bij de communicatie met de dienstverlener. Hierbij kan onderscheid gemaakt worden tussen berichten van expat naar dienstverlener en vice versa.

Ontsluiting van bronnen: Het doel van het ontwerp is diensten van derden te ontsluiten binnen de expat portal op basis van de behoefte van de gebruiker en de functionaliteit van de dienst.

e-Participatie: Ondersteuning van het uitwisselen van informatie en tips tussen gebruikers, en het commentariëren van dienstverlening in een geïntegreerd portaal.

(2) Juridische toegevoegde waardediensten

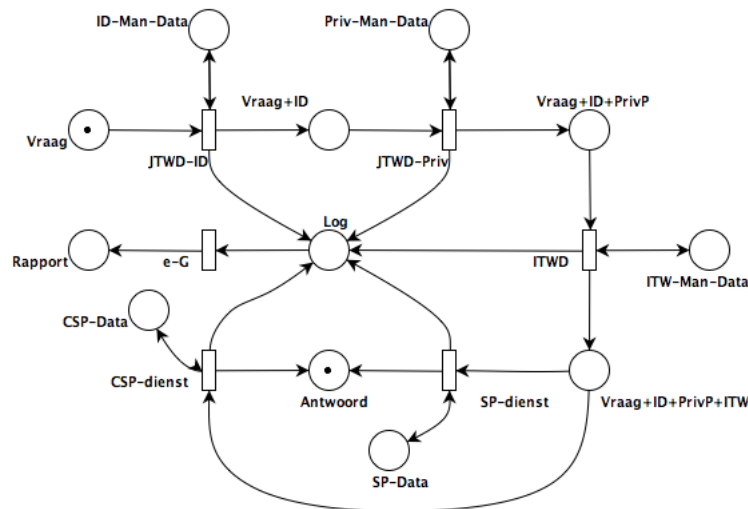
Identiteitsmanagement: Het doel van het ontwerp is om de gebruiker te ondersteunen bij het beheer van de verschillende identiteiten die nodig zijn om diensten af te nemen. Door deze ondersteuning zal de administratieve last van het beheer van de identiteiten voor de gebruiker worden verminderd.

Privacymanagement: Doel van het ontwerp is om gebruikers meer inzicht te geven in het gebruik van gegevens door dienstverleners, en daar waar mogelijk meer controle uit te laten oefenen op het gebruik van gegevens door expliciet toestemming te verlenen voor gebruik (informed consent).

(3) Kwaliteits- en legitimiteitsbewaking

e-Governance: Doel van deze functie is om de informatie over het gebruik van PortNL te verzamelen en beschikbaar te maken om de beoordeling van de kwaliteit en van de legitimiteit van de dienst te kunnen bewaken en er verslag over te doen.

Het gaat hier te ver om de juridische vereisten die voor deze diensten gelden nader uit te werken: de meeste ervan moeten nog vorm krijgen – zowel qua informatie-architectuur, functionaliteit en datamodellering. In Figuur 8 geef ik een mogelijke architectuur, die mijns inziens goed zou aansluiten op een werkbare taak- en verantwoordelijkheidstoedeling vanuit juridisch gezichtspunt.



Figuur 8: Een vanuit juridisch gezichtspunt werkbare activiteitenarchitectuur voor de PSPs van PortNL

Figuur 8 heeft de vorm van een activiteitendiagram. De activiteiten zijn ingedeeld aan de hand van de institutionele rollen die werden onderscheiden. Ik loop de figuur langs om aan te kunnen geven waar afspraken over moeten worden gemaakt.

JTWD-ID Als een vraag wordt gesteld aan PortNL is het eerste dat in deze voorstelling van zaken gebeurt dat de identiteitsmanagementfunctie (als juridische toegevoegde waardedienst JTWD-ID) wordt aangesproken. Ik neem aan dat deze functie over een eigen database (ID-Man-Data) beschikt die mede is ingericht door de authenticatiefunctie (zie Figuur 10 hieronder). Ik neem verder aan dat deze functie aan de vraag die is gesteld een identificatie beheerstoken koppelt dat verder binnen de gehele dienst wordt gebruikt voor de identificatie van de vragensteller. Zo kunnen vragen van alle consumenten en deeldiensten worden onderscheiden, tenminste wanneer de standaard waarin deze informatie wordt neergelegd door alle deeldiensten

wordt gedeeld. Hierover worden afspraken gemaakt in de toetredingsovereenkomsten.

JTWD-Priv De vraag met identificatietoken wordt nu doorgegeven aan de privacy-managementfunctie (als juridische toegevoegde waardedienst JTWD-Priv). Deze koppelt aan de vraag + ID een privacyprofiel (PrivP), dat de dienst ontleent aan een eigen databank (Priv-Man-Data). Deze databank is ingericht in overeenstemming met de afspraken die daarover zijn gemaakt bij de toetreding van de verschillende deeldiensten (ook de te gebruiken standaardnotatie). Het profiel geeft per deelinstituut aan over welke persoonsgegevens mag/kan worden beschikt.

ITWD Vervolgens gaat de vraag met het identificatietoken en het privacyprofiel naar de inhoudelijke toegevoegde waardediensten. Deze voegen daaraan hun resultaten toe (ITW). Tezamen vormt dit de input voor SP-diensten en CSP-diensten.

SP De SP dienst interpreteert de binnenkomende vraag inclusief aangehangen informatie en doet niets als de vraag niet voor hem bedoeld is, of geeft een antwoord als dat wel zo is (en maakt daarbij gebruik van zijn eigen databases).

CSP De CSP dienst interpreteert de binnenkomende vraag inclusief aangehangen informatie en doet niets als de vraag niet voor hem bedoeld is, of geeft een antwoord als dat wel zo is (en maakt daarbij gebruik van zijn eigen databases).

In alle gevallen wordt door de deeldiensten verslag gedaan aan de log database (Log).

Een bijzonder geval betreft een e-Governance vraag afkomstig van een bevoegde PortNL functionaris. Die wordt door JTWD-Priv herkend en doorgegeven aan die database, welke de vraag interpreteert en er antwoord op geeft in de vorm van een rapport.

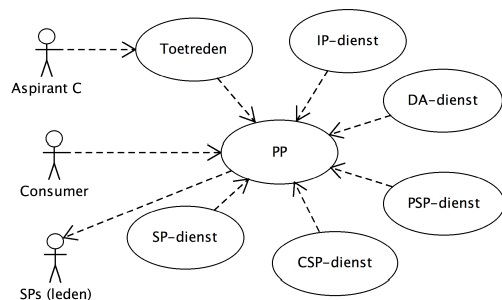
Met bovenstaande schets is geprobeerd nader aan te geven welke afspraken moeten worden gemaakt bij de toetreding van deeldiensten tot PortNL.

6.5.4 Toetreding (uittreding) van een C

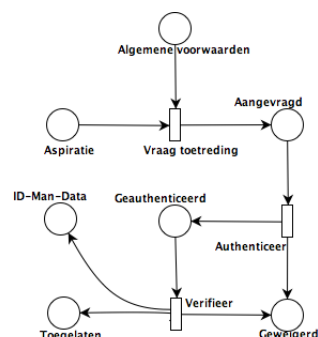
Consumenten hebben in het kader van PortNL verwachtingen die vermoedelijk zullen samenhangen met de cultuur van waaruit ze gewend zijn te werken. Eén van de belangrijkste zorgen die ze bij het gebruik van PortNL zullen ondervinden is het vertrouwen in een elektronische dienst op afstand die pretendeert mede namens Nederlandse overheidsdiensten als de IND op te treden. Ik ga ervan uit dat de C-toetredingsfunctie van PortNL erin slaagt deze vertrouwenskwesitie bevredigend op te lossen. Verder is de C-toetredingsfunctie vooral ook bedoeld om aan de aanbodzijde van PortNL zekerheid te krijgen over wie de aspirant C wel is en of zijn/haar ‘papieren’ authentiek zijn.

Ik ga ervan uit dat de toetredingsprocedure tenminste omvat (1) het bekend maken van de algemene voorwaarden van de dienst, (2) het over en weer authenticeren van PortNL en van C en (3) het registreren van identiteitsmanagementinformatie.

Privaatrecht



Figuur 9: Use case diagram toetreden aspirant C



Figuur 10: Activiteiten diagram toetreden aspirant C

- De toetredingsfunctie leidt tot een overeenkomst tussen PortNL en C, waarbij PortNL zoveel mogelijk optreedt namens de deelinstituties. PortNL krijgt daartoe een mandaat bij de toetredingsovereenkomsten van de deelinstituties.
- De overeenkomst tussen C en PortNL wordt grotendeels inhoudelijk bepaald door de algemene voorwaarden die PortNL aan zijn dienst heeft verbonden. Deze moeten in overleg met en met goedkeuring van de deelinstituties worden opgesteld voordat de dienst feitelijk wordt aangeboden. Bij het formuleren van de algemene voorwaarden moet tenminste rekening worden gehouden met het consumentenrecht, het IPR, het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het recht op intellectuele eigendom.

Aanbesteding

- Hier niet van toepassing.

Mededinging

- Hier niet van toepassing.

Internationaal privaatrecht

- Het contract moet naar Nederlands recht worden gelezen en eventuele conflicten door de Nederlandse rechter worden beslecht. Zie ook LR (21).

Toepasselijk bestuursrecht

- *Het is aannemelijk dat de dienst – ook omdat hij een complexe publiek-private samenwerking betreft – voor expats moeilijk te begrijpen en naar waarde te schatten zal zijn. In dat licht verdient het aanbeveling om in de considerans van de algemene voorwaarden een overzicht te geven van de verschillende diensten die zijn samengebracht, van hun publieke dan wel private karakter en van de voor de expat relevante bevoegdheden die in PortNL door wie worden uitgeoefend.*

Archiefwet

- *Hier niet van toepassing.*

Privacy

- *Voor zover van toepassing moet expliciet worden duidelijk gemaakt welke mogelijkheden C heeft om anoniem aan PortNL deel te nemen.*
- *Wanneer niet-anoniem wordt deelgenomen moet worden duidelijk gemaakt welke persoonsgegevens door PortNL worden bewaard en verwerkt, met welk doel, en aan welke instanties ze waarvoor zullen worden doorgegeven.*
- *Als grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens is in casu de expliciete toestemming van C. Deze moet volgens de regels der kunst moeten worden verworven.*
- *Aan C moet duidelijk worden gemaakt wat zijn rechten zijn met betrekken tot correctie en informatie. PortNL moet erop zijn voorbereid daarop actie te ondernemen.*

Telecommunicatierecht

- *Hier niet van toepassing.*

Intellectuele eigendomsrechten

- *Ten aanzien van de bijdragen van C aan de dienst PortNL (bijvoorbeeld in het kader van e-Participatie) dient te worden overeengekomen dat PortNL de onvoorwaardelijke licentie krijgt om deze anoniem te verwerken, bewaren, openbaar te maken en te verveelvoudigen.*

6.5.5 Beantwoording van een vraag van een C

Zie ook 5.5.3 en 5.5.4. De belangrijkste juridische kwesties (delegatie, mandatering, vrijwaring, verrekening, identiteitsmanagement, privacymangement, intellectuele eigendom) zijn hiervoor op verschillende plaatsen aan de orde geweest.

6.5.6 Periodieke kwaliteitstoets door PP

Zie ook 5.5.3. Ook hiervan zijn de belangrijkste juridisch kwesties op verschillende plaatsen aan de orde geweest.

7 Conclusies en aanbevelingen

Gelet op de betrekkelijke onbepaaldheid van de materie waarop deze ‘juridische toets’ moest worden toegepast heb ik een aantal keuzen gemaakt. Uitgaande van het beschikbare materiaal ben ik eerst op zoek gegaan naar argumentaties die richting kunnen geven aan besluitvorming over de juridische vorm van de beoogde dienst, om daaraan de meer positiefrechtelijke overwegingen te verbinden. De daarmee samenhangende zoektocht is neergelegd in dit tweede deel. Dit deel (Deel II) heeft meer het karakter van verantwoording en analyse, dan van een rapport. Op basis van dit deel zijn twee meer toegespitste delen opgesteld. In Deel III is een overzicht/opsomming gegeven van wat ik ‘legal requirements’ noem, dat wil zeggen van juridische vereisten die een rol zullen spelen bij het inrichten en exploiteren van PortNL als een dienst die voortvloeit uit publiek private samenwerking. Tenslotte zijn in Deel I de conclusies en aanbevelingen gegeven. Daarbij is wat wel de ‘exemplifying method’ wordt genoemd gebruikt. Getracht is daar om de vragen die voor PortNL (als uitvloeisel van het B-dossierproject) gelden en daarvoor zijn beantwoord in een abstracter kader te plaatsen en beantwoorden.

In de voorliggende paragraaf geef ik de conclusies en aanbevelingen voor PortNL aan de hand van de vijf vragen.

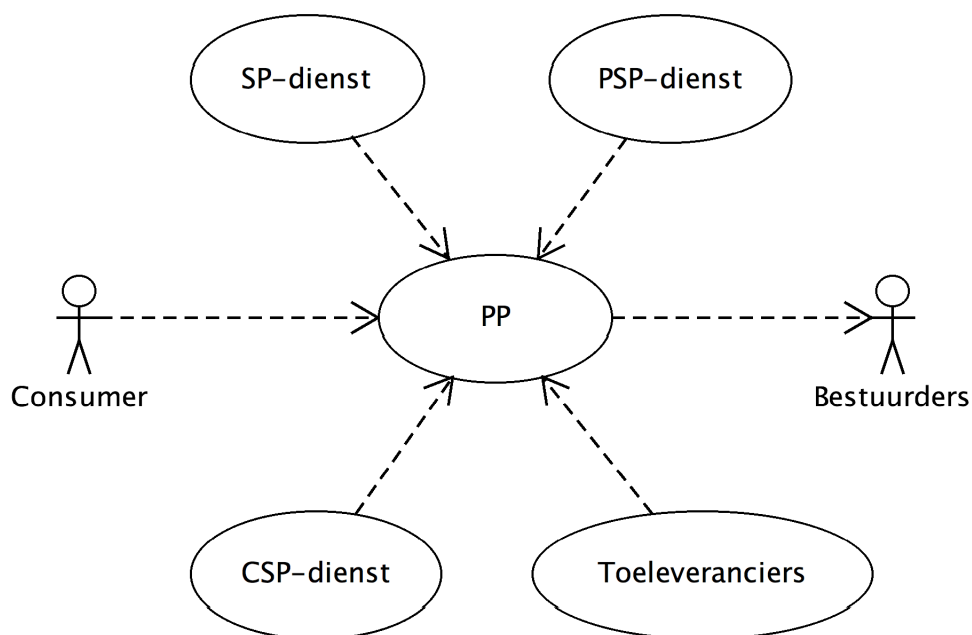
1. Welke rollen worden onderscheiden bij PortNL?
2. Welke rechtsvorm is het meest geschikt voor inrichting en exploitatie van PortNL?
3. Commercieel of bestuursrechtelijk?
4. Welke standaardcontracten spelen bij de vorming en de exploitatie van PortNL een belangrijke rol?
5. Met welke juridische mogelijkheden en beperkingen moet rekening worden gehouden?

7.1 Welke rollen?

B-dossier is een R&D project, PortNL is er een uitvloeisel van: het levert een pilot, een werkend prototype. Het gaat om lastenverlichting bij de toelating van expats in Nederland. De volgende rollen kunnen dan worden onderscheiden (zie Figuur 11):

Aannemende dat PortNL rechtspersoonlijkheid moet bezitten (anders kunnen er geen zaken worden gedaan), aannemende dat er expats zijn die de diensten van PortNL zullen willen afnemen, aannemende dat de diensten van PortNL een bundeling van publiekrechtelijke organen zal bevatten, aannemende dat er ook een (bundeling van) commerciële rechtspersonen aan zullen bijdragen en tenslotte aannemende dat PortNL daarnaast diensten van toeleveranciers zal kunnen nodig hebben kunnen de volgende rollen worden onderscheiden:

Consumers (expats) De afnemers van de dienst. Dit zijn buitenlanders, personen, die in het buitenland verblijven en voor kortere of langere tijd in Nederland willen komen werken en wonen;



Figuur 11: Rollen bij PortNL

PortNL De rechtspersoon die de coördinatie van het toezicht op en de aansturing van de overige rollen heeft gedelegeerd gekregen;

SP-diensten De publiekrechtelijke rechtspersonen die deelnemen in PortNL;

CSP-diensten De commerciële rechtspersonen die deelnemen in PortNL;

PSP-diensten De vooralsnog onbepaalde rechtspersonen die toegevoegde waardediensten leveren aan PortNL op basis van het combineren en analyseren van de gegevens, beschikbaar te stellen door Consumers en SP- en CSP-diensten;

Toeleveranciers De externe, commerciële rechtspersonen waarvan PortNL *ad hoc* werken of diensten afneemt ten behoeve van de inrichting of exploitatie.

Zeker is dat PortNL een samenwerkingsverband belichaamt tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen. Dat deze een rechtsvorm moet hebben is evident: PortNL in actie moet worden bestuurd op een wijze die voor de deelnemende rollen aanvaardbaar en controleerbaar is – daarom is er nog een rol van betekenis:

Bestuurders De persoon of het college dat PortNL bestuurt en het beleid bepaalt voorzover er beleidsruimte is.

Onduidelijk is vooralsnog wat een aan te bevelen rechtsvorm voor PortNL zelf is.

7.2 Welke rechtsvorm?

Er zijn geen vaste regels voor het juridisch vormgeven van PPS constructies. Vrijwel alles uit het ondernemingsrechtelijke repertoire is mogelijk. Veel privaatrechtelijke rechtsvormen zijn minder geschikt, met name wanneer ze erop zijn ontworpen om het algemene doel (het maken van winst) te koppelen aan de mogelijkheid om de aansprakelijkheid van bestuurders te beperken. Dat laatste is geen bezwaar, maar voor de deelname van overheidsdiensten aan instellingen die het algemene doel hebben om winst te maken is dit al snel in strijd met de legitimiteit: overheidsdiensten voeren een wettelijke taak uit en het maken van winst is daarmee niet in overeenstemming, tenzij het doel van de rechtspersoon expliciet op het uitvoeren van die taak is gericht. De andere mogelijkheid (de stichting) is weliswaar een rechtsvorm die het nastreven van ideële doelen ondersteunt (en dus veel gemakkelijker te passen valt in legitimiteitsargumentaties), maar haar bestuursconstructie (coöptatie, geen leden) is weer lastig zo vorm te geven dat die aansluit bij de voorliggende inrichting van PortNL. Over blijft de coöperatieve vereniging, met haar mogelijkheden van beperking van persoonlijke aansprakelijkheden, haar mogelijkheden om een gemeenschappelijk doel voor haar leden te formuleren, haar mogelijkheden om bijzondere contracten aan te gaan met vaste relaties en haar mogelijkheden om – wanneer er winst zou worden gemaakt – daarvoor bestemmingen te bepalen. Ik beveel deze rechtsvorm aan.

7.3 Commercieel of bestuursrechtelijk?

Daarmee is nog geen antwoord gegeven op de vraag of PortNL een commerciële of een bestuursrechtelijke coöperatie zou moeten zijn (commercieel in de zin dat de CSP-diensten de leden zijn en het bestuur vormen; bestuursrechtelijk in de zin dat de SP-diensten de leden zijn en het bestuur vormen).¹⁹ Mijns inziens leidt het vigerende aanbestedingsrecht ertoe dat alleen een bestuursrechtelijke coöperatie in aanmerking komt voor PortNL: wanneer een commerciële coöperatie (CPortNL) de dienst zou aanbieden, terwijl de geldstroom vanuit de bestuursdiensten boven het drempelbedrag zouden uitkomen (in casu: € 133.000 over een periode van vier jaar), dan zou diedienst moeten worden aanbesteed, zodat die bij een geheel andere organisatie dan CPortNL terecht zou kunnen komen, wat er weer toe zou kunnen leiden dat PortNL vanuit het bedrijfsleven in het geheel niet wordt aangeboden in verband met het daarbij te lopen risico een concurrent in het zadel te helpen.

7.4 Welke standaardcontracten?

Om een en ander vorm te geven moeten statuten worden opgesteld en standaardcontracten worden voorbereid.

7.4.1 Statuten

In de statuten moet alsdan tenminste worden geregeld:

- Welke SPs de leden zijn,
 - wat hun financiële inbreng is (investering),
 - wat hun ‘productie-inbreng’ is, en aan welke standaards die inbreng kan worden gebonden,
 - op welke wijze hun aansprakelijkheid wordt beperkt,
 - op welke wijze zij deelnemen aan het besturen van PortNL,
 - welke bevoegdheden daarbij aan PortNL kunnen en zullen worden gedelegeerd of gemandateerd (ook: hoe en wanneer kan worden beëindigd),
 - wat de doelen zijn die PortNL dient te verwezenlijken,
 - met welke rollen PortNL overeenkomsten kan aangaan om die doelen te bewerkstellingen,
 - hoe het lidmaatschap kan worden beëindigd, nieuwe leden kunnen toetreden,
 - hoe PortNL eventueel kan worden geliquideerd,
 - hoe over bovenstaande nadere afspraken kunnen worden gemaakt c.q. er nadere invulling aan kan worden gegeven.
- Welke diensten PortNL voor de leden verricht, waaronder in elk geval
 - het maken en aangaan van standaardcontracten met CSPs (inbreng van CSPs),
 - het maken en aangaan van standaardcontracten met Consumenten (eventueel: inbreng van Consumenten),
 - het maken en aangaan van standaardcontracten met PSPs (waar nodig: aanbesteden),
 - het maken en aangaan van standaardcontracten met Toeleveranciers (waar nodig: aanbesteden),
- Op welke wijze eventuele winsten of verliezen zullen worden verrekend, waarbij in elk geval
 - garantiestellingen voor verliezen door de leden (tot hoever),
 - winsten naar R&D (tot hoever),
 - bijstellen inbrengbedragen van CSPs en/of Consumenten

Bij het opstellen van de statuten moet rekening worden gehouden met het specifieke equilibriumvereiste als elders weergegeven in de formules, alsmede met de elders besproken legal requirements *LR (1)* t/m *LR (16)*.²⁰

7.4.2 Contracten

Ten aanzien van de contracten gelden in zijn algemeenheid de requirements *LR (19)* t/m *LR (23)* als weergegeven in Deel III. Daarin zijn algemene vereisten geformuleerd omtrent contracten, hun standaardinhoud, over de zorg die aan formuleringen moet worden besteed in het licht van de wijze waarop contractbepalingen in juridische procedures worden gelezen, over de aandacht die moet worden besteed aan hoe wordt omgegaan met situaties waarin bepalingen niet worden nagekomen en over de zorg die moet worden besteed aan de inhoudelijke formulering van algemene voorwaarden – ook en met name waar de wederpartij een consument is. Vooralsnog ligt het voor de hand om onderscheid te maken tussen vijf soorten van contracten/overeenkomsten.

Type 1 Samenwerkingsovereenkomsten PortNL – SPs (institutioneel, tussen publiekrechtelijke partijen: SPs als ‘leden’).

In deze contracten worden afspraken gemaakt tussen PortNL en de toetredende SP. De kunst is om de afspraken zo te formuleren dat de dienst goed kan blijven functioneren. De PortNL zal de nodige eisen (en sancties) stellen die de legitimiteit van de dienst bewaken (bijvoorbeeld vereisten die voortvloeien uit het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, uit het intellectuele eigendomsrecht, uit het aanbestedingsrecht), die de kwaliteitsbewaking ondersteunen (logging) en die de flexibiliteit van de dienst bewaken (bijvoorbeeld ter ondersteuning van wijzigingen in de configuratie van providers). Voor deze contracten geldt dat ze de architectuur en de beoogde besturing van de dienst in afzonderlijke afspraken vastleggen, zonder dat onderscheid wordt gemaakt naar welke SP welke inhoudelijke rol speelt. Hier komen de eerste 16 requirements weer van pas.

Type 2 Standaardcontracten PortNL – (P)SPs (met publiekrechtelijke providers: SPs en evt. PSPs).

In deze contracten worden afspraken gemaakt tussen PortNL en de publiekrechtelijke providers (de SPs en PSPs, eventueel met de IP en de DAs). De kunst is om de afspraken zo te formuleren dat de dienst kan functioneren, terwijl de inhoudelijke verantwoordelijkheid bij de providers komt te liggen in plaats van de PortNL, terwijl de PortNL de nodige standaarden stelt die nodig zijn voor de verschillende providers om hun taken te kunnen uitvoeren, terwijl PortNL de nodige eisen (en sancties) stelt die de legitimiteit van de dienst bewaken (bijvoorbeeld vereisten die voortvloeien uit het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, uit het intellectuele eigendomsrecht, uit het aanbestedingsrecht), die de kwaliteitsbewaking ondersteunen (logging) en die de flexibiliteit van de dienst bewaken (bijvoorbeeld ter ondersteuning van wijzigingen in de configuratie van providers). Voor deze contracten geldt dat ze de architectuur en de beoogde werking van de dienst in afzonderlijke afspraken vastleggen. Voorts moet er mee worden gerekend dat er verschillen zullen zijn tussen contracten met SPs en PSPs enerzijds en de IPs en DAs anderzijds. Voor de laatste twee is het immers niet vanzelfsprekend dat hun taken *niet* door een commerciële partij zullen worden verzorgd. Dit is relevant vanuit mededingingsrechtelijk c.q. aanbestedingsrechtelijk gezichtspunt.

Type 3 Standaardcontracten PortNL – CSPs (met commerciële providers).

In deze contracten worden afspraken gemaakt tussen PortNL en de CSPs (waaronder eventueel de IP en de DAs). De kunst is om de afspraken zo te formuleren dat de dienst kan functioneren, terwijl de inhoudelijke verantwoordelijkheid bij de providers komt te liggen in plaats van PortNL, terwijl de PortNL de nodige standaarden stelt die nodig zijn voor

de verschillende providers om hun taken te kunnen uitvoeren, terwijl de PortNL de nodige eisen (en sancties) stelt die de legitimiteit van de dienst bewaken (bijvoorbeeld vereisten die voortvloeien uit het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, uit het intellectuele eigendomsrecht, uit het aanbestedingsrecht), die de kwaliteitsbewaking ondersteunen (logging) en die de flexibiliteit van de dienst bewaken (bijvoorbeeld ter ondersteuning van wijzigingen in de configuratie van providers). Voor deze contracten geldt dat ze de architectuur en de beoogde werking van de dienst, voorzover verzorgd door commerciële instituties, in afzonderlijke afspraken vastleggen, zonder dat onderscheid wordt gemaakt naar welke institutie een bepaalde rol speelt. De ene bank moet door de andere bank kunnen worden vervangen zonder dat er inhoudelijk een ander contract hoeft worden gemaakt. Dat betekent ook, dat deze standaardcontracten zodanig moeten zijn opgesteld dat er providers kunnen worden gevonden die willen deelnemen. Hier komen de eerste 16 requirements weer van pas.

Type 4 Standaardcontracten PortNL – C (consumenten).

In deze contracten worden de wederzijdse verplichtingen van consumenten en de dienst (PortNL) vastgelegd, waarbij PortNL ook namens de deelnemende instituties eisen formuleert. Met name zijn hier van belang het consumentenrecht en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Toestemming zal in elk geval expliciet moeten worden gevraagd voor het bewerken en bewaren van die gegevens ten behoeve van de taken van de deelnemende instituties.

Type 5 Ad hoc contracten PortNL – Toeleveranciers.

Contracten met – bijvoorbeeld – ICT ontwikkelaars zijn geen standaardcontracten. Vragen van intellectuele eigendom, van compliance en van aanbestedingsrecht zijn hier veelvuldig aan de orde. Bij deze contracten moet grote aandacht worden besteed aan het formuleren van de functionele en de technische eisen te stellen aan het gevraagde product, alsmede aan de ‘service levels’ die ze aankunnen. Omdat dit aspect niet bij de opdracht behoort besteed ik er verder geen aandacht aan.

Met behulp van bovengenoemde typen standaardcontracten kan in beginsel alles wat nodig is voor PortNL worden geregeld. Waar verder mee moet worden gerekend zijn de dwingendrechtelijke eisen die sommige rechtgebieden opleggen. In de laatste paragraaf besteed ik daaraan enige aandacht.

7.5 Welke juridische mogelijkheden/beperkingen?

Privaatrecht

- *Omdat het aannemelijk is dat het niet voldoen aan deze afspraken schadelijk zal kunnen zijn voor de overige partijen in de dienst moeten afspraken worden gemaakt over het toezicht.*
- *De privaatrechtelijke afspraken tussen overheidsdiensten onderling en tussen overheidsdiensten en commerciële partners geven een extra, buitenpubliekrechtelijk kader om die taak in gezamenlijkheid te verwezenlijken.*
- *Het is niet mogelijk om via privaatrechtelijke afspraken dwingendrechtelijke bestuurlijke voorschriften te ontgaan. Hieraan moet met name aandacht worden besteed*

waar het gaat om afspraken welke delegatie en mandatering van bevoegdheden aan PortNL en/of aan CSPs inhouden.

Aanbesteding

- *Aanbestedingsrecht is dwingend voor PortNL en voor SPs.*

Mededinging

- *Het mededingingsrecht (ook over verboden staatssteun) is van belang waar PortNL de mogelijkheid biedt aan CSPs om toegang te krijgen tot de markt die expats vormen. PortNL mag daarbij niet discrimineren en moet transparant en objectief formuleren en handelen.*

Internationaal privaatrecht

- *Contract moeten expliciet naar Nederlands recht worden gelezen en eventuele conflicten door de Nederlandse rechter worden beslecht. Zie ook LR (21).*

Toepasselijk bestuursrecht

- *Op SPs toepasselijk bestuursrecht is vooral van belang met betrekking tot de vraag welke bevoegdheden kunnen worden gemandateerd c.q. gedelegeerd aan PortNL en/of de andere deelinstuties van PortNL.*
- *Op SPs toepasselijk bestuursrecht is ook van belang met betrekking tot de vraag welke informatie (wederzijds) kan worden gedeeld, waartoe en onder welke voorwaarden.*

Archiefwet/Wob

- *Voor de (publiekrechtelijke) coöperatie zijn de bepalingen van de archiefwet en de Wob van toepassing. Deze noem ik hier pro memorie omdat ze eisen stellen aan de administratie en de toegang daartoe die bij de deelnemende overheidsdiensten overigens bekend zijn en verder geen belemmering hoeven te vormen. Voor zover PortNL zelf (al dan niet digitaal) documenten ontvangt, verwerkt en uit doet gaan moet de coöperatie hiermee rekenen.*

Privacy

- *Rekening dient te worden gehouden met de vraag of door PortNL/de coöperatie zelfstandig persoonsgegevens zullen worden verwerkt. Aannemelijk is dat dit zal gebeuren bij het uitoefenen van haar taken, dwz bij het houden van toezicht op het nakomen van de gemaakte (al dan niet statutaire) afspraken. In dat licht moet ofwel in de statuten, ofwel in een bijzondere bijlage over de verwerking van persoonsgegevens uitdrukkelijk worden overeengekomen welke persoonsgegevens door PortNL voor welk doel mogen worden verwerkt en bewaard.*

- Een en ander houdt in dat helderheid wordt geschapen over wie de verantwoordelijke zal zijn voor de verwerking van de persoonsgegevens door PortNL, wie de bewerker zal zijn (en aan welke voorwaarden hij zal moeten voldoen), of er een functionaris voor de bescherming van de persoonsgegevens zal zijn en zo ja wie die rol zal spelen, voor welk doel de gegevens mogen worden verwerkt, hoelang ze moeten worden bewaard, hoe inzage en correctiemogelijkheden worden geïmplementeerd en op welke wijze ondubbelzinnige toestemming voor deze verwerking zal worden gevraagd van de consumenten.

Telecommunicatie

- Alleen van toepassing indien een SP/CSP, als delivery agent, een openbare communicatiedienst aanbiedt.

Intellectuele eigendomsrechten

- Intellectuele eigendomsrechten hebben verschillende eigenaardigheden die in toenemende mate aan het licht treden in de informatiemaatschappij. Om te beginnen vormen ze een risico wanneer ze berusten bij partijen die geen deel uitmaken van het PortNL-consortium omdat rechthebbenden het verveelvuldigen, openbaarmaken en gebruiken van werken waarop intellectuele eigendom rust domweg kunnen verbieden en daarmee in het ergste geval de hele dienst kunnen stilzetten. Problematisch bij het auteursrecht kan zijn dat op vrijwel alles wat audiovisueel van aard is auteursrechten worden gevestigd door het enkele maken ervan – veel creativiteit wordt voor bescherming niet vereist. In dat licht verdient het aanbeveling om ook al bij toetreding van (C)SPs tot de coöperatie af te spreken dat alles wat zij aan audiovisueel materiaal aanleveren, aan modellen, aan computerprogramma's, aan documentatie en dergelijke aan de coöperatie ter gebruik wordt gelicentieerd en dat de coöperatie wordt gevrijwaard door de (C)SP voor aanspraken van derden op intellectuele eigendomsrechten op materiaal dat door de (C)SPs wordt aangeleverd. Hoewel het in het algemeen voor de hand lijkt te liggen om intellectuele eigendomsrechten van overheidsorganen onder een GPL (general public license - vrij voor gebruik in het publiek domein) ter beschikking te stellen is dat lang niet altijd mogelijk, bijvoorbeeld in het kader van publiek private samenwerking.

7.6 Conclusies

- Voor de juridische vormgeving van PortNL komt de publiekrechtelijk bestuurd coöperatie waarvan de deelnemende bestuursdiensten de leden zijn het eerst in aanmerking;
- Statuten en standaardcontracten met deelnemende bestuursdiensten, met deelnemende commerciële dienstverleners en met gebruikers kunnen PortNL vergaand naar de wensen van de deelnemende instituties modelleren – daarbij verdient het aanbeveling met de 'legal requirements' als opgesomd in Deel III rekening te houden;

- Het mededingingsrecht en het aanbestedingsrecht leggen beperkingen op aan de wijze waarop tussen bestuursdiensten en marktpartijen afspraken kunnen worden gemaakt. Daarom ook is de publiekrechtelijk bestuurde coöperatie aanbevolen;
- Het op publiekrechtelijke deelnemers toepasselijke bestuursrecht (en het aldaar gevormde beleid) kunnen beperkingen opleggen aan de voor een goede werking van PortNL noodzakelijke mandaterings- en delegatiebesluiten. Daarmee moet uitdrukkelijk worden gerekend;
- Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer kan wel, maar hoeft geen belemmering te zijn voor PortNL – er moet wel nadrukkelijk rekening mee worden gehouden (toestemming, doelbinding e.d.);
- Het recht op intellectuele eigendom hoeft geen belemmering te zijn voor PortNL – er moet wel nadrukkelijk rekening mee worden gehouden (vrijwaring, licentiëring e.d.)

Deel III

Overzicht van Legal Requirements

Algemeen evenwichtsvereiste

Al met al zal er mee moeten worden gerekend dat er evenwicht ontstaat en blijft bestaan tussen enerzijds de baten die door SPs en CSPs worden geleverd en die via PP moeten worden doorgesluisd als tegemoetkoming van de kosten die gemoeid zijn met het inschakelen van PSPs, IPs, DAs en ICTPs – en ook, natuurlijk met de kosten die gemoeid zijn met het in het leven roepen en houden van PP zelf. In formule:

$$baten\ (Cn,\ SPs,\ CSPs) \approx\ facturen\ (PSPs,\ IPs,\ DAs,\ ICTPs) +\ kosten\ (PP)$$

Eén en ander houdt in dat de consumenten, tezamen met de publiekrechtelijke en de commerciële service providers de middelen moeten opbrengen om de diensten van de overige providers (PortNL provider, PortNL service providers, IPs, DAs en ICTPs) te betalen.

Nr.	Requirement
LR (1)	<i>De verschillende 'kosten', 'baten', 'ambities en risico's van deelnemers en deelnemende instituties zullen transparant moeten worden verwerkt in contracten en in administratieve processen, om constructief op dreigende motiveringsproblemen te kunnen reageren.</i>
LR (2)	<i>PortNL zal zich willen kunnen beschermen tegen deelname van destructief gemotiveerde deel-instituties. En destructief gemotiveerde deel-instituties zullen zich willen kunnen terugtrekken, zullen hun al dan niet vermeende schade op PortNL willen kunnen verhalen en dergelijke. De juridische vormgeving van PortNL dient hier bestand tegen te zijn of in elk geval rekening mee te houden.</i>
LR (3)	<i>Juridisch is hier van belang dat PortNL als geheel een institutionele vorm heeft die het mogelijk maakt om civielrechtelijke zekerheden te scheppen op contractuele basis, hetgeen inhoudt dat er argumenten zijn om PortNL als civielrechtelijke rechtspersoon in te richten. (Overigens geldt deze gevolgtrekking natuurlijk eveneens voor de verhouding tussen deel-instituties en PortNL, wanneer deze laatste een hiërarchisch bovengeschakelde positie gaat innemen).</i>
LR (4)	<i>Juridisch is hier van belang dat in de contracten waarin sprake is van delegatie van bevoegdheden deze risico's worden voorzien en zoveel mogelijk ondervangen. (Overigens geldt deze gevolgtrekking natuurlijk eveneens voor de verhouding tussen deel-instituties en PortNL, wanneer deze laatste een hiërarchisch bovengeschakelde positie gaat innemen).</i>
LR (5)	<i>Juridisch is hier niet alleen van belang dat LR(4) effectief heeft vormgekregen, maar ook dat daaraan op betrouwbare en effectieve wijze openbaarheid is gegeven in de communicatiemiddelen van de delegerende/mandaterende diensten.</i>
LR (6)	<i>Juridische is hier de vraag aan de orde of 'mededingingsrechtelijke' aspecten en beginselen (ook tussen publiekrechtelijke organisaties) bij de inrichting en exploitatie van PortNL voldoende zijn herkend en gerespecteerd in de gekozen samenwerkingsafspraken.</i>

Tabel 10: Legal requirements en motivering

Nr.	Requirement
LR (7)	<i>Regels moeten algemeen zijn en mogen niet discriminatoir zijn.</i>
LR (8)	<i>Regels moeten prospectief zijn en moeten een toereikende levensduur hebben.</i>
LR (9)	<i>Regels moeten bekend, helder, haalbaar en handhaafbaar zijn.</i>
LR (10)	<i>Regels moeten consistent zijn (niet met elkaar in tegenspraak) en integer worden gehandhaafd door functionarissen die ze gehoorzamen.</i>
LR (11)	<i>Sanctieregels moeten het opleggen van proportionele sancties of schadevergoedingen bij regelovertreding ondersteunen.</i>
LR (12)	<i>Terugkoppelingsregels moeten deelnemers aan een institutie de gelegenheid geven hun oordeel over het functioneren ervan tot uitdrukking te brengen, desnoods door deelname aan de institutie te beëindigen.</i>

Tabel 11: 'Rule-of-Law' requirements

Nr.	Requirement
LR (13)	<i>Bij de juridische inrichting van PortNL moet worden gerekend met wettelijke plichten en met hetgeen volgens regels van het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.</i>
LR (14)	<i>Bij de juridische inrichting van PortNL moet worden gerekend met het beginsel van wetmatigheid van bestuur (en dus met de tweewegenleer).</i>
LR (15)	<i>Bij inrichting en gebruik van PortNL moeten de openbare orde excepties worden gerespecteerd.</i>
LR (16)	<i>Bij inrichting en gebruik van PortNL moet steeds worden beoordeeld of van de regels van regelend recht bij contract moet worden afgeweken of niet.</i>
LR (17)	<i>Voor PortNL is het niet alleen van belang om bij het aangaan van operationele relaties met bestuursdiensten die als SP willen optreden afspraken te maken over hoe de taken en bevoegdheden ten aanzien van het 'verkeer tussen burger en bestuursorgaan' worden verdeeld, maar ook over hoe zal worden omgegaan met relevante beleidswijzigingen en de mogelijke gevolgen daarvan voor de exploitatie en inrichting van PortNL als dienst.</i>
LR (18)	<i>Bij de juridische vormgeving van PortNL moeten de instrumenten worden benoemd en geschapen met behulp waarvan eventuele winst, opbrengsten, kosten en schade kunnen worden bepaald en toegerekend, en waarmee conflicten daarover kunnen worden beslecht.</i>

Tabel 12: Algemeen materieelrechtelijke requirements

Nr.	Requirement
LR (19)	<i>Wanneer de innovatieve inrichting en exploitatie van PortNL via een aanbesteding zou moeten worden verwezenlijkt verdient het aanbeveling om in de juridische vormgeving van die aanbesteding te streven naar een werkwijze die het voor de aanbestedende dienst aanvaardbaar maakt het risico dat met een innovatieve aanpak is verbonden van te voren en integraal te benoemen en rationeel te verdedigen.</i>
LR (20)	<i>Bij het maken van afspraken tussen de deelinstituten van PortNL moet rekening worden gehouden met de mogelijk toenemende betekenis van het mededingingsrecht en van mededingingsrechtelijke beginselen op de langere termijn.</i>
LR (21)	<i>Omdat transacties met expats bijna noodzakelijkerwijs verschillende rechtsstelsels met elkaar in verband zou kunnen brengen bij PortNL-transacties verdient het aanbeveling om in de algemene voorwaarden van de dienst (en, zo nodig, van de deeldiensten) aan te geven dat het Nederlandse recht van toepassing is en dat de Nederlandse rechter bevoegd is.</i>
LR (22)	<i>PortNL zal rekening moeten houden met de formele vereisten over bemiddelende communicatie die worden gesteld vanuit de rechtsgebieden waarop de deelorganisaties hun werkzaamheden (moeten) richten en in de betreffende contracten moeten bedingen dat zij door de betreffende SPs worden gevrijwaard van schade-aanspraken die voortvloeien uit materiële diensten van die SPs die niet aan PortNL's bemiddeling worden toegeschreven.</i>
LR (23)	<i>Wanneer PortNL vorm krijgt als een overheidsorganisatie zal bij haar inrichting rekening moeten worden gehouden met het kunnen voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit de Archiefwet en uit de Wet openbaarheid van bestuur.</i>

Tabel 13: Legal requirements voor aanbesteding, mededinging, fiscus, internationaal privaatrecht, vreemdelingenrecht, overig toepasselijk bestuursrecht bij SPs

Nr.	Requirement
LR (24)	<i>Bij de inrichting van PortNL als rechtspersoon dient rekening te worden gehouden met welke typen registraties van persoonsgegevens door welke deelnemende institutie worden gebruikt en voor welk doel, en dient te worden bepaald welke deelnemende instituties de rollen van verantwoordelijke en van bewerker op zich nemen, alsmede met de vraag of er een functionaris voor de bescherming van de persoonsgegevens zal worden aangesteld.</i>
LR (25)	<i>Bij de inrichting van PortNL dient aandacht te worden besteed aan de wijzen waarop tegemoet zal worden gekomen aan de vereisten die de wet stelt aan bewaar- en vernietigingsverplichtingen, aan informatieverplichtingen en correctiemogelijkheden ten behoeve van de geregistreerden, en aan de regels die direct-marketing activiteiten beheersen.</i>

Tabel 14: Twee legal requirements voortvloeiend uit het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer

Nr.	Requirement
LR (26)	<i>Bij de inrichting en de exploitatie van PortNL dient de vraag onder ogen te worden gezien of er een openbare elektronische communicatiedienst wordt aangeboden in de zin van de 'telecommunicatiewet en, zo ja, door wie.</i>

Tabel 15: Een legal requirements voortvloeiend uit het telecommunicatierecht

Nr.	Requirement
LR (27)	<i>Bij het inrichten en het exploiteren van PortNL moet met het risico worden gerekend dat achteraf de dienst op grond van gevestigde rechten van intellectuele eigendom zal kunnen worden aangesproken door rechthebbenden. Vrijwaringen zullen moeten worden gegeven door de meest betrokkenen.</i>
LR (28)	<i>Bij het inrichten en het exploiteren van PortNL moet rekening worden gehouden met de noodzaak om de intellectuele eigendomsrechten die daarbij ontstaan (makers van de dienst, bijdragen van consumenten) op de juiste wijze te licentiëren aan de juiste partijen.</i>

Tabel 16: Twee legal requirements voortvloeiend uit het recht op intellectuele eigendom

Nr.	Requirement
LR (29)	<i>Het schriftelijk formuleren van contracten die door partijen worden ondertekend is een vereiste (voorkómen misverstanden, bewijspositie bij conflicten). Er zijn standaardonderdelen die in dergelijke contracten niet goed kunnen worden gemist: datering, ondertekening, bevoegde contactpersonen, specificatie van partijen, definities, de rol van algemene voorwaarden in relatie tot het contract, specificaties van verplichtingen van partijen (inclusief service levels), specificatie van procedures voor wijziging van het contract, termijnen, duur van de overeenkomst, of het een resultaats- dan wel inspanningsverplichting betreft, aansprakelijkheidsuitsluitingen (exoneraties), aansprakelijkheidsverdeling, schadevergoedingsbepalingen en eventuele boetebedingen voor het geval niet wordt nagekomen, eventuele vrijwaringen, wijzen van en condities voor beëindiging, keuzen van het geldende recht, van de wijze van conflictoplossing (eventueel: arbitrage), van het bevoegde gerecht/de bevoegde instantie.</i>
LR (30)	<i>Bij het opstellen van de algemene voorwaarden voor de PortNL dienst die beogen de consument te binden moet er mee gerekend worden dat de tekst bij juridische geschillen puur tekstueel zal worden uitgelegd.</i>
LR (31)	<i>Het gaat bij compliancebeoordelingen naar aanleiding van geschillen over contracten van publiek-private samenwerking om hoe het Haviltex criterium als volgt nadere invulling behoeft met het oog op de geschillen in PPS constructies over door overheidsdiensten gestelde eisen: de taalkundige interpretatie van wat over en weer is gesteld, de vraag, of alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige ondernemingen/overheidsdiensten een gestelde eis op dezelfde wijze zouden uitleggen komt er uiteindelijk op aan dat de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van de overeenkomst en de daarbij behorende bijlagen zulks ondersteunt met dien verstande dat daarbij rekening wordt gehouden met de context (die is gegeven met de PPS-constructie en haar doel) – de context van het bestuursrecht vereist dat de eisen van de overheidsdienst objectief, non-discriminatoir en transparant zijn geformuleerd – en met de verkeersopvatting(zie ook [7]) die vereist dat de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en dat hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten ook geldt voor de verwachtingen die door overheidsdiensten zijn gewekt, waarbij van belang kan zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.</i>
LR (32)	<i>De contractuele bepalingen over wat de gevolgen zullen zijn van non-conformiteit, van niet-nakoming overeenkomstig de afspraken, dienen per geval te worden beoordeeld, ook in het licht van de prikkels die ervan uitgaan om volledig na te komen. Overmacht, exoneraties, schadevergoeding, boetebedingen, vrijwaring, verzekering zijn enkele van de trefwoorden welke hier spelen.</i>
LR (33)	<i>Bij het inrichten van standaardcontracten en algemene voorwaarden dient PortNL rekening te houden met het consumentenrecht (waar het gaat om de dienstverlening jegens consumenten) en met de omstandigheid dat de opgenomen bepalingen voor de wederpartij niet onredelijk bezwarend zijn (Bw 6:233).</i>

Tabel 17: Enkele legal requirements voortvloeiend uit het contractenrecht

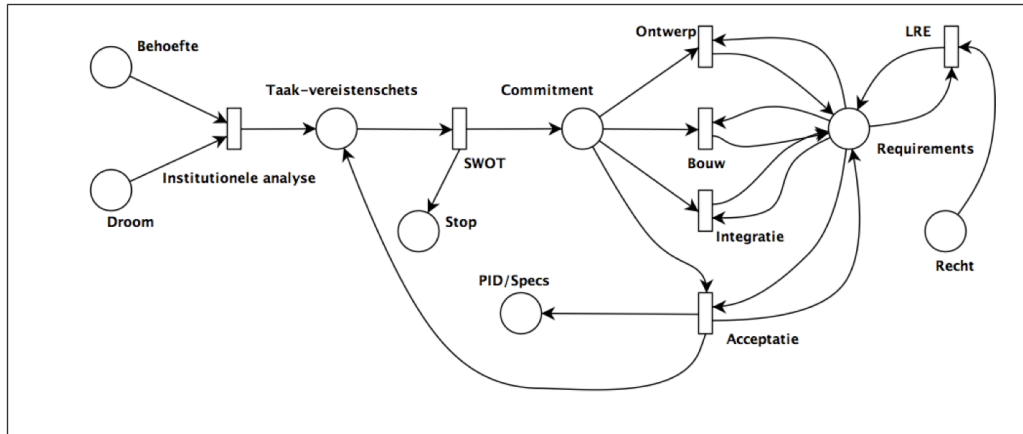
Nr.	Requirement
LR (34)	<i>Het verdient aanbeveling om de dienst van PortNL zodanig vorm te geven en in te richten dat de informatie die een bewijsrol kan spelen bij conflictoplossing op een betrouwbare wijze beschikbaar blijft. Daarover (over de aanvaardbaarheid van administratieve 'logs' als aanvaardbare bewijsmiddelen) kan ook in de contracten worden overeengekomen.</i>

Tabel 18: Legal requirement met het oog op de bewijspositie bij eventueel conflict

Noten

¹Het voorliggende rapport beoogt toegankelijk te zijn voor de praktijk. Omdat het een product is van wetenschappelijk werk maakt de verantwoording er toch een integraal onderdeel van uit. Die verantwoording is neergelegd in deze eindnoten en in de lijst van aangehaalde literatuur.

²LRE gaat uit van een droom, en biedt een iteratieve methode om de verwezenlijking ervan in de verbeelding voor te spelen, onderweg naar een specificatie die aan drie minimumvereisten voldoet: (1) dat een adequate functionele specificatie wordt opgesteld die kan worden aanbesteed ter verwezenlijking, en wel in de vorm van (2) een met ICT ondersteunde dienst die legitiem kan worden ingezet terwijl (3) bijtijds van de hele onderneming wordt afgezien wanneer deze onhaalbaar blijkt. In de figuur is een overzicht van de methode gegeven in de vorm van een Petrinet.



In grote lijnen komt LRE erop neer dat een initiatiefnemer een droom formuleert die tegemoet komt aan een behoefte. Dat vervolgens een beeld wordt gevormd over welke instanties een rol zullen gaan spelen, waarna een risico-analyse wordt uitgevoerd. Op basis daarvan verwerft de onderneming voorlopig bestuurlijke zegen of wordt gestaakt. In het eerste geval wordt door een team van deskundigen (ontwerpers, bouwers, exploitatie-integratiedeskundigen en juristen) het ontwikkelproces in de verbeelding voorgespeeld en worden de vereisten die daarbij boven tafel komen voorgelegd aan een bij voorkeur onafhankelijke acceptatie-organisatie (waarin doorgaans gebruikers niet mogen ontbreken). Het resultaat gaat opnieuw ‘door de molen’ totdat het is aanvaard of het project is afgeblazen. In het eerste geval is een projectinitiatiedocument (PID) beschikbaar dat de functionele vereisten bevat op basis waarvan het project door een projectorganisatie kan worden verwezenlijkt. De figuur geeft aan dat de bijdrage van juristen niet goed kan worden verwezenlijkt zonder dat er materiële requirements (of specificaties) beschikbaar zijn.

³Hier zijn tussenvormen mogelijk, maar die doen er voor de verdere argumentatie niet

toe, omdat vanuit aanbestedingsrechtelijke optiek ook een mengvorm ofwel in de ene, danwel in de andere categorie wordt geplaatst.

⁴Zie hiervoor het derde deel

⁵Use case diagrammen zijn ontleend aan UML en spelen een rol in LRE.

⁶Met name van belang zijn hier [8], [9], [10], [11], [2], [12], [13], [14], [3], [15] en [16].

⁷Een citaat uit [1] over instituties als sociale systemen:

“Over wat instituties zijn bestaan verschillende opvattingen in verschillende disciplines.

Instituties spelen een belangrijke rol in de sociologie (Durkheim, zie bijvoorbeeld: [17]), de antropologie (zie bijvoorbeeld: [18]) en de economie (zie bijvoorbeeld: [19], [20] en [21]).

Misschien is het in praktische zin het meest voor de hand liggend om de structuur van instituties verwant te zien aan de structuur van subculturen, of, misschien beter nog, van spelen, met hun eigen doelen, regels, velden, spelers, officials, communicatielijnen, scheidsrechters, technische talen en, eventueel, bonden c.q. subculturen etc. Zodra we een verschijnsel in een dergelijke structuur kunnen beschrijven hebben we te maken met een institutie, ook wel: (deel)organisatie. In de tabel geef ik de structuur van instituties zoals ik hem verder gebruik.

Institutie	
Id, naam	Sleutel
Naam	Tekst
Gedeelde belangen	Verzameling belang-waarde combinaties
Jurisdictie	Verzameling doel-gebied combinaties
Vrijheden	Verzameling doel-openbare orde beperkingen combinaties
Gedeelde regels	Verzameling geldt als-leidt tot combinaties
Gedeeld(e)beleid, gewoonten	Verzameling geldt als-leidt tot combinaties
Gedeelde normen	Verzameling geldt als-leidt tot combinaties
Elites	Verzameling instituties
Werkers	Verzameling actoren
Doelgroepen	Verzameling instituties
Gedeelde overtuigingen	Verzameling geldt als-leidt tot combinaties
Feedback kanalen	Verzameling interfaces
Hulpbronnen	Verzameling hulpbron-waardecombinaties
Heeft instituties	Verzameling instituties
<i>Funcities—het genereren van:</i>	
<i>(i) regelmatigheden in sociaal gedrag</i>	
<i>(ii) gemeenschappelijk gedragen openbare orde beperkingen</i>	

Het begrip ‘institutie’ is ook van belang omdat het ons in staat stelt aannames te maken (en desgewenst te toetsen) over regelmatigheden in gedrag die deelnemers aan

instituten vertonen en/of die buitenstaanders van hen kunnen of mogen verwachten. In dit rapport wordt aangenomen dat PortNL in institutie is (of moet worden).

⁸De overlevingskansen van PortNL' refereert naar een Darwinistische kijk op instituties waarop ik in ander verband nader inga. Om een indruk te geven volgt een citaat uit een (Engelstalig), nog onvoltooid en onvoldragen manuscript: ... Let me here also show a diagram (see the Figure below), representing the activities and conditions that are part of the structure of etiologic argument. In it etiologic argument is reduced to a sequence of mechanical steps. As a matter of fact it is a model of Calvin's 'Darwin machine' [22], sort of. The diagram has states (circles), transitions between states (rectangles) and arcs (providing sequence relationships between states and transactions). The diagram has the grammar of a simple Petri net. Calvin developed his Darwin's machine as a generic description of how generalized Darwinism may operate at all levels of biological agents, rational or not. He even formulated six essentials needed for its operability. Let me cite the core elements of Calvin's six essentials here (from [23]) without further commentary:

“...

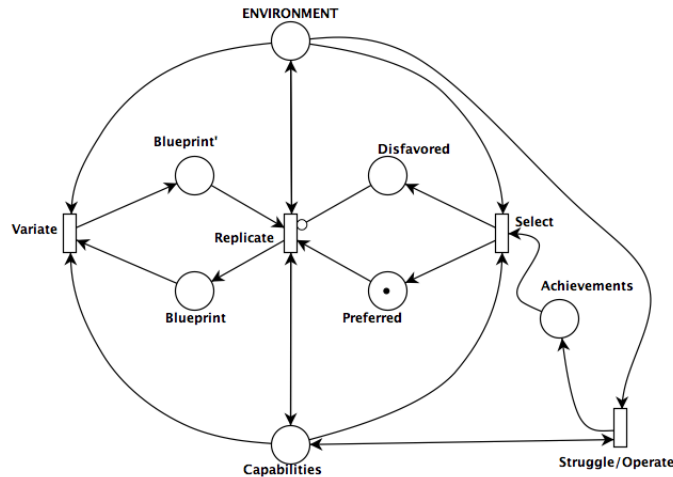
1. *There must be a pattern involved.*
2. *The pattern must be copied somehow* (indeed, that which is copied may serve to define the pattern). [Together, 1 and 2 are the minimum replicable unit - so, in a sense, we could reduce six essentials to five. But I'm splitting rather than lumping here because so many "sparse Darwinian" processes exhibit a pattern without replication.]
3. *Variant patterns must sometimes be produced by chance* - though it need not be purely random, as another process could well bias the directionality of the small sidesteps that result. Superpositions and recombinations will also suffice.
4. *The pattern and its variant must compete with one another for occupation of a limited work space.* For example, bluegrass and crab grass compete for back yards. Limited means the workspace forces choices, unlike a wide-open niche with enough resources for all to survive. Observe that we're now talking about populations of a pattern, not one at a time.
5. *The competition is biased by a multifaceted environment:* for example, how often the grass is watered, cut, fertilized, and frozen, giving one pattern more of the lawn than another. That's Darwin's natural selection.
6. *New variants always preferentially occur around the more successful of the current patterns.* In biology, there is a skewed survival to reproductive maturity (environmental selection is mostly juvenile mortality) or a skewed distribution of those adults who successfully mate (sexual selection). This what Darwin later called an inheritance principle. Variations are not just random jumps from some standard starting position; rather, they are usually little sidesteps from a pretty-good solution (most variants are worse than a parent, but a few may be even better, and become the preferred source of further variants).

Neural patterning in development is a sparse case: just a pattern and a multifaceted environment. There is no replication of the pattern, no variation, no population of the pattern to compete with a variant's population, and there's nothing recursive about achieving quality because there's no inheritance principle.”

The first essential is about agency. As Calvin worked on brain patterns, emerging from earlier successful ones, his minimal requirement for agency in evolutionary analysis is

a pattern being there [23]. As I have designed the Darwin-machine Figure below in such a manner that it will support the etiology of intelligent, rational agents - who may be able to rationally influence (through working the environment) the basic processes of replication (e.g., education), variation (e.g., gen therapy), operation (e.g., market-power abuse) and selection (e.g., global heating) - it is slightly more complicated then minimally required. Anyway, when instantiating the Darwin-machine Figure, a decision must be made about (1) wich type of pattern is considered to be the subject of the basic processes and about (2) what effects its ‘struggling’ behavior causes, worthy of investigation.

Now let me try and further explain what ‘algorithm’ the Figure represents. Beginning in the state where some agent (activity diagrams do not say anything about the agents that perform the transitions) is preferred by circumstance, we find the agent to enter a process of replication, which (if successful) results in new generations (offspring with capabilities). The replication function is in two phases. The first allows for (optional) variation of the blueprint which guided the establishment of the ‘parent’ agent into an adapted ‘copy.’ The second employs this copy to guide the establishment of the next generation (offspring with capabilities). Replication thus on the one hand supports variation and on the other hand induces the next generation to become our focus. One member of the next generation (with its capabilities) becomes the lead agent from now on, the other members (if any) and their parents become part of its environment. This is the way in which the Figure supports discussing the properties of repeating generations, of lineage.



The current lead agent now starts its struggle for life, operating in its environment. In doing so, the results of its activity may influence the environment. Now let us assume the lead agent has a goal or goals and that we consider its behavior to be goal-directed behavior. Then its operation can result in situations where goals are achieved or not (‘achievements’ in the diagram). Whatever the outcome, our lead agent (bringing its capabilities and achievements along) now faces a natural selection process by the environment. Selection results either in being preferred or disfavored. If the agent is preferred the cycle reiterates, if it is disfavored the cycle also reiterates, but replication is somehow

hampered. The whole idea of this ‘machine’ is that it represents a framework that can be used for reasoning about the evolution of the capabilities of a lineage of agents, and that it supports empirical analysis of related hypotheses. I present it here in an attempt to employ it for analytical inquiry into the etiologies of individual behavior, laws, legal institutions and legal systems.

⁹Vergelding en/of verdelende rechtvaardigheid rust eerder op ideële dan op commerciële waarderingen en is als politiek concept minstens zo oud als het oude testament: het behoort tot de oervormen van het recht. Ook economen zijn aan het verschijnsel dat lang niet alle menselijke gedrag uit rationele, commerciële wederkerigheid kan worden verklaard betekenis gaan toekennen. De bijdragen van [24] en van [25] zijn daar voorbeelden van. Wat we hier mijns inziens waarnemen is grensoverschrijdende wetenschap. Economen begeven zich op het terrein van de rechtswetenschap en vice versa.

¹⁰Zie ook [26]:358.

¹¹Deze verantwoordelijkheid kan alleen *de facto* worden omzeild door het delegatie/mandateringsbesluit door het parlement te laten nemen c.q. sanctioneren.

¹²Ontleend aan <http://www.ICTU.nl>.

¹³Deze beschouwing geldt overigens ook voor de andere privaatrechtelijk genoemde rechtsvormen.

¹⁴Paragraaf 2.10.3 is deels ontleend aan [1] p. 33-52.

¹⁵Dat neemt niet weg dat het onderwerp daarmee niet meer dan aan de oppervlakte en uiterst onvolledig is behandeld. Voor wie meer wil verwijst ik naar [27].

¹⁶Aldus <http://www.nationaalarchief.nl/archiefbeheer/archiefzorg/archiefwet/>

¹⁷Zie, onder zeer veel meer, [28].

¹⁸

Haviltex Het ligt bij de beoordeling van contractuele bepalingen voor de hand om aandacht te besteden aan en uit te gaan van de Haviltex formule:

“De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van pp. is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. kan worden verwacht.” (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635).

Hetgeen inhoudt dat in elk geval zullen dan van betekenis zijn:

1. de taalkundige interpretatie van wat over en weer is gesteld (waar in het Engels

gesteld heb ik gebruik gemaakt van [29]),

2. de context (die is gegeven met de aanbestedingsprocedure) en de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, dwz de verkeersopvatting (zie ook [7]), waarbij van belang kan zijn
3. tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.

Het is evenwel niet zeker of de Haviltex-formule in de gegeven situatie toepasselijk is. Allereerst gaat het om de vraag of enerzijds de requirements van de aanbesteder en de aanbieding van de aanbieder kunnen worden opgevat als contractuele bepalingen, en vervolgens kan dan nog worden tegengeworpen dat in het geval van aanbestedingen niet de Haviltexformule, maar de (latere) CAO-formule van toepassing is. Deze luidt:

“Bij de uitleg van een CAO-bepaling dient in beginsel doorslaggevende betekenis te worden toegekend aan de bewoordingen van de betreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de CAO (en de eventueel daarbij gepubliceerde toelichting).” HR 17 en 24 september 1993, NJ 1994, 173 en 174).

en is gebaseerd op het argument dat degenen die onder een CAO vallen deze moeten kunnen begrijpen aan de hand van de tekst, omdat zij niet bij de opstelling ervan betrokken waren maar er wel van afhankelijk zijn. Het is dan ook de vraag of de CAO-formule niet van toepassing hoort te zijn op de uitleg van requirements (en, eventueel, van aanbiedingen). Deze en dergelijke vragen zijn recentelijk besproken door professor C.E.C. Jansen in zijn preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht. Omdat hierover (nog) geen vaste rechtspraak bestaat en omdat mijn positie enigszins afwijkt van die van prof. Jansen is het nodig dat ik die toelicht. Ik doe dit op de voor mij meest efficiënte manier, dat wil zeggen aan de hand van een reeks citaten uit [30].

De rechtsverhouding Prof. Jansen zegt op p. 69-70:

“Wie met vragen van uitleg in deze context te maken krijgt, komt mogelijk in de verleiding een binnen het privaatrecht ontwikkelde maatstaf te hanteren die gewoonlijk wordt gebruikt voor de ‘normale’ uitleg van contractbepalingen: de ‘Haviltex-norm’ dan wel de ‘CAO-norm’. Een dergelijke uitlegmaatstaf kan zeker bruikbaar blijken bij de uitleg van de inhoud van contractbepalingen die zijn opgenomen in Overeenkomst A. Het is echter de vraag of het uitleggen van een eis die is opgenomen in de aanbestedingsdocumenten wel kan worden vergeleken met het uitleggen van de inhoud van een tussen een aanbesteder en een inschrijver op grond van Overeenkomst A geldende contractbepaling. Zo’n eis wordt immers niet ‘overeengekomen’, die wordt eenzijdig door de aanbesteder als spelregel geformuleerd waaraan de inschrijver moet voldoen, wil deze kans blijven behouden op het verwerven van Overeenkomst B. Wat de aanbesteder in feite doet wanneer hij een eis stelt, is uitvoering geven aan de uit Overeenkomst A voortvloeiende verplichting tot gelijke behandeling, non-discriminatie en het betrachten van transparantie. Wat er vervolgens moet worden uitgelegd, is niet de inhoud van die contractuele verplichting. Die verplichting is op zichzelf genomen immers duidelijk. Waar partijen bij uitlegkwesties in aanbestedingen over van mening verschillen, is het antwoord op de vraag of de aanbesteder die verplichting deugdelijk is nagekomen. Het beantwoorden van die vraag noopt vervolgens tot uitleg waarbij mogelijk de Haviltex-norm of de CAO-norm moet worden toegepast.”

Een verdienste van het preadvies van prof. Jansen is de analytische vaststelling dat er bij aanbesteding niet één, maar meerdere overeenkomsten kunnen worden onderscheiden. Jansen ziet er twee (overeenkomst A en overeenkomst B) waarbij de eerste gaat over wederzijdse verplichtingen die worden aangegaan zodra een aanbesteding wordt bekend gemaakt en aan een bijbehorende inschrijving wordt deelgenomen. Overeenkomst B betreft dan het contract waarin de aanbieder zich verplicht tot het beschikbaar maken van het werk of de dienst volgens de specificaties die de aanbesteder heeft gesteld. De analyse lijkt me juist, met dien verstande dat het om een reeks van overeenkomsten kan gaan: elk stadium waarin het aantal mogelijke aanbieders wordt ingeperkt heeft zo zijn eigen contractuele context. In casu gaat het om de toelating van gegadigden tot de procedure van gunning door onderhandeling - een overeenkomst tussen Jansens's A en B in.

Al met al meen ik dat met Jansen kan worden vastgesteld dat het bij de uitleg van vereisten en aanbiedingen gaat om de uitleg van de bepalingen van een overeenkomst (zij het niet overeenkomst A). Daarbij is mogelijk van betekenis dat de vereisten eenzijdig zijn (en moeten worden) opgesteld door de aanbesteder, en dat het de bedoeling van de aanbesteding in casu niet zozeer is het werk direct gegund te krijgen, maar om toegelaten te worden tot de procedure voor gunning door onderhandeling.

De uitlegmaatstaf

Onduidelijkheid, verkeersopvatting Ook over de toe te passen uitlegmaatstaf laat prof. Jansen zijn licht schijnen (p. 71):

De kernverplichting van de aanbesteder tot gelijke behandeling, non-discriminatie en het betrachten van transparantie is in het Europees aanbestedingsrecht op tal van manieren nader geconcretiseerd. [Zie bijvoorbeeld de artikelen 23 lid 2, 44 lid 3 en 53 lid 2 van de Algemene Richtlijn. Vergelijk ook art. 23 lid 2, art. 44 lid 4 en art. 54 lid 2 en lid 3 Bao.] Voor wat betreft de hiervoor bedoelde concretisering van die verplichting heeft het Hof van Justitie EG in een aantal arresten over vermeend onduidelijke gunningscriteria geoordeeld dat de aanbesteder deze criteria zodanig moet formuleren:

“dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren.”

[Aan deze verplichting van de aanbesteder mag een ruimere strekking worden toegekend in de zin dat zij ook geldt ten aanzien van andere eisen en criteria die een aanbesteder in het kader van een aanbesteding formuleert.]

[Vergelijk HvJ EG, 29 april 2004, Zaak C-496/99P (Socchi de Frutta), Jurispr. 2004, p. I-3801, r.o. 111, waarin de volgende algemene regel werd geformuleerd: “[Het transparantiebeginsel] impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze opdat () alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren (. . .).”] (Cursivering AHJS)

De Hoge Raad heeft in dat verband, onder verwijzing naar het in de vorige noot geciteerde arrest, als voorbeeld selectiecriteria genoemd. [HR 4 november 2005, NJ 2006, 204 en TA 2006/10 (Meubelfabriek Gebroeders Van der Stroom/Staat en NIC N.V.)] Uitlegkwesties in aanbestedingsverhoudingen hebben in de kern betrekking op de vraag of de aanbesteder de hiervoor bedoelde verplichting deugdelijk is nagekomen. Zij gaan dus niet over de uitleg van de inhoud van Overeenkomst A zelf. Dat verschil behoeft op zichzelf niet in de weg te

staan aan de mogelijkheid dat bij de beantwoording van de eerste vraag van dezelfde maatstaf gebruik wordt gemaakt als die waarmee normaliter onduidelijke contractbepalingen (in Overeenkomst A) zouden worden uitgelegd.

Gelet op de aangehaalde en gecursiveerde rechterlijke uitspraken kan worden geconcludeerd dat bij de uitleg van bepalingen van de overeenkomst(en) tussen aanbesteder en aanbieder(s) weldegelijk ruimte is voor de verkeersopvatting (“dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren”), waarmee ook het tweede element van de Haviltex norm expliciet is toegelaten.

Eén en ander neemt niet weg dat Jansen daarover uiteindelijk anders lijkt te denken:

Ik wil eerst echter op het volgende wijzen alvorens die mogelijkheid nader te verkennen. Bij de normale uitleg van de inhoud van een overeenkomst hebben beide partijen er belang bij de rechter er van te overtuigen dat er slechts één uitleg mogelijk is: namelijk die uitleg die ieder van hen afzonderlijk aan de inhoud van de uit te leggen contractbepaling geeft. Geen van beide partijen heeft er in die situatie belang bij te bevestigen dat die bepaling (inderdaad) voor tweeërlei uitleg vatbaar is. Alleen de eigen uitleg moet als juist worden beschouwd: de uitleg die de ander aan de bepaling geeft, kan niet juist zijn. Dat ligt anders bij uitlegkwesaties die ontstaan naar aanleiding van een door een aanbesteder gestelde eis. In dat geval is het immers zo dat alleen de aanbesteder er belang bij blijft houden de rechter er van te overtuigen dat de eis slechts voor één uitleg vatbaar is, namelijk die uitleg die hij er zelf aan geeft en die – in zijn visie – ook alle ‘redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers’ daaraan zouden geven. Voor de inschrijver verandert het perspectief echter. Hij heeft er geen belang meer bij de rechter er van te overtuigen dat zijn uitleg van de eis de enig juiste uitleg is. Hij zal de rechter er nu van moeten zien te overtuigen dat de eis onduidelijk is in de zin dat deze voor meer dan één uitleg vatbaar is en dat voor elke uitleg iets te zeggen valt. Ook het Hof van Justitie EG lijkt hier op te doelen in een nadere overweging met betrekking tot de eerder aangehaalde maatstaf dat ‘alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren’. Waar het dan uiteindelijk op aankomt, aldus het Hof, is dat wordt bewezen dat: “het voor de inschrijvers (...) moeilijk of zelfs onmogelijk is geworden, de juiste strekking van het betrokken criterium te kennen en het derhalve op dezelfde wijze te interpreteren.”[HvJ EG 4 december 2003, Zaak C-448/01 (Wienstrom), Jurispr. 2003, blz. I-14527, r.o. 58.]

Mijns inziens roert Jansen hier een bijzonder belangrijke kwestie aan die, wanneer die zo wordt uitgelegd als Jansen hieronder lijkt te doen moet leiden tot een onmogelijke bewijspositie voor aanbestedende diensten. Anders dan Jansen meen ik dat dat precies is wat de hiervoor gegeven nadere overweging probeert tot uitdrukking te brengen: wanneer een aanbieder alleen maar hoeft te laten zien dat er een andere interpretatiemogelijkheid is, zal daartegen geen enkele aanbesteding stand kunnen houden - wat een ontevreden aanbieder zal moeten laten zien om zijn gelijk te halen is echter dat “het voor de inschrijvers (...) moeilijk of zelfs onmogelijk is geworden, de juiste strekking van het betrokken criterium te kennen en het derhalve op dezelfde wijze te interpreteren.”

Jansen denkt daar, overigens zonder in te gaan op de betekenis van genoemde nadere overweging, anders over blijkens het vervolg van zijn betoog (dat ik hem hieronder laat voortzetten, omdat het een brug vormt naar de behandeling van verdere uitlegcriteria – ik heb de meeste voetnoten weggelaten):

Het voorgaande houdt mijns inziens in dat – voor zover men bij de uitleg van een eis al gebruik zal kunnen maken van dezelfde maatstaf als die welke wordt gehanteerd bij de

normale privaatrechtelijke uitleg van onduidelijke contractbepalingen – de doelstelling van de uit te voeren uitlegexerctie een andere is. Bij de uitleg van een eis dient de rechter niet vast te stellen wat de meest voor de hand liggende inhoud van een bepaalde eis is, maar of zo'n eis al dan niet op verschillende manieren zou kunnen worden uitgelegd. Wanneer de beantwoording van die vraag – eventueel met behulp van uitleg – vervolgens aanleiding geeft tot het trekken van de conclusie dat zich inderdaad een uitlegvraag voordoet, omdat de eis onduidelijk is, is dat het eindpunt van de redenering. In dat geval is immers komen vast te staan dat de aanbestedder is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichting tot gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie. Anders dan het geval is bij de normale privaatrechtelijke uitleg van onduidelijke contractbepalingen, behoeft in zo'n geval dus niet meer te worden vastgesteld wat dan wel de meest voor de hand liggende uitleg van de onduidelijke eis. Wat moet worden 'uitgelegd', is of zich een vraag van uitleg voordoet. De normale uitleg van een contractbepaling heeft een ander doel: die richt zich niet op het signaleren van een uitlegvraag, maar op het beantwoorden daarvan. Dit verschil in doelstelling heeft ook consequenties voor de wijze waarop een rechter te werk dient te gaan bij de uitleg van een door de aanbestedder gestelde eis. Hij moet niet vaststellen wat er staat, maar of het duidelijk is wat daar staat. Het onderscheid is niet scherp – een rechter zal vaak het ene niet kunnen doen zonder het andere – maar het onderscheid is niettemin relevant. Een rechter die twee tegengestelde interpretaties van een bepaalde eis met elkaar confronteert en vergelijkt en op basis van die vergelijking tot de conclusie komt dat voor de ene interpretatie meer argumenten te geven zijn dan voor de andere, die heeft op zichzelf nog niet de vraag beantwoord of dat criterium ook voldoende duidelijk is. Het antwoord op die laatste vraag kan natuurlijk impliciet zijn gegeven met het gemotiveerde oordeel dat de door een van partijen voorgestane uitleg nu eenmaal meer voor de hand ligt dan de uitleg die de andere partij aan de eis geeft. Een rechter doet er echter goed aan dat antwoord expliciet te maken in zijn oordeel en ook overigens te motiveren hoe hij tot dat antwoord is gekomen.

Waar moet de rechter dan beginnen? Het vertrekpunt van zijn redenering zal moeten zijn dat de inhoud van de door de aanbestedder gestelde eis pas duidelijk is, zodra komt vast te staan dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers datgene wat in die eis staat op dezelfde manier uitleggen. Dat betekent dat de rechter zal moeten nagaan hoe alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers – in het theoretische geval dat hen dat zou worden gevraagd – de eis zouden uitleggen. Wanneer de rechter die vraag heeft beantwoord – en ik kom hierna nog terug op de vraag hoe hij in het concrete geval tot zo'n antwoord kan komen – zijn er vervolgens twee conclusies mogelijk. Soms zal de rechter tot het oordeel komen dat men binnen de groep van redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers tot een onderling verschillende uitleg van de inhoud van de eis zou komen. Als hij tot dat oordeel komt, dan staat daarmee vast dat de eis onduidelijk is. De consequentie daarvan is dat aldus komt vast te staan dat de aanbestedder is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichting tot het stellen van duidelijke eisen. Komt de rechter echter tot het oordeel dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers tot dezelfde uitleg zouden komen van de gestelde eis, dan kan de rechter vervolgens tot het oordeel komen dat die eis duidelijk is. Of het oordeel vervolgens ook overigens goed uitpakt voor de aanbestedder, is nog maar de vraag. Dat zal immers alleen zo zijn wanneer de rechter tot de conclusie is gekomen dat de uitleg die de aanbestedder aan de eis heeft gegeven, de uitleg is die alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers daaraan zouden geven. Heeft de rechter echter geoordeeld dat de uitleg die de inschrijver aan de eis heeft gegeven overeenstemt met de uitleg die alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers daaraan zouden geven, dan zal dat betekenen dat de aanbestedder deze inschrijver de (verdere) toegang tot de aanbesteding niet kan ontfeggen.

Uitlegcriteria Hiermee is Jansen toegekomen aan de eigenlijke uitlegcriteria voor compliancevragen bij aanbestedingen:

Hoe dient de rechter – gegeven het hiervoor genoemde vertrekpunt – bij de uitleg vervolgens precies te werk te gaan? Vooropgesteld kan worden dat het Europees aanbestedingsrecht

de nationale rechter op dit punt lijkt vrij te laten. Het Hof van Justitie EG heeft namelijk geoordeeld dat:

“aangezien het hierbij echter om een feitelijke beoordeling gaat”, [het aan de nationale rechter is om], ‘gelet op alle omstandigheden van de zaak’, [na te gaan of een eis of criterium] ‘duidelijk genoeg is geformuleerd om te voldoen aan de vereisten van gelijke behandeling en transparantie van de procedures voor de aanbesteding van overheidsopdrachten.’ [HvJ EG 4 december 2003, Zaak C-448/01 (Wienstrom), Jurispr. 2003, blz. I-14527, r.o. 59.]

De richtlijn van het HvJ neem ik over en vul hem enigszins aan:

Het gaat bij compliancebeoordelingen om een feitelijke oordeel over (1) de vraag of, gelet op alle omstandigheden van de zaak, een vereiste duidelijk genoeg is geformuleerd om te voldoen aan de vereisten van gelijke behandeling en transparantie van de procedures voor aanbesteding van overheidsopdrachten en – zo zou ik uit wederkerigheidsoverwegingen willen toevoegen – over (2) de vraag of, gelet op alle omstandigheden van de zaak, een aanbod duidelijk genoeg is geformuleerd om te kunnen bepalen of het aan de gestelde vereisten voldoet of niet en dan pas over (3) de vraag of, gelet op alle omstandigheden het aanbod voldoet aan de vereisten.

Jansen vervolgt zijn betoog als volgt:

Van de rechter kan natuurlijk niet worden verwacht dat hij voor elk geval dat zich voordoet alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers benadert met de vraag hoe zij de eis zouden uitleggen, teneinde na te gaan of zij dat allemaal op dezelfde manier zouden doen. De rechter zal zich in de positie van die inschrijvers moeten proberen te verplaatsen en op die manier moeten vaststellen hoe zij de eis in kwestie zouden uitleggen. Daarmee ligt de conclusie voor de hand dat de rechter de eis objectief zal moeten uitleggen. Hoe hij dat moet doen en welke gezichtspunten hij in dat verband mogelijk een rol kan laten spelen, is in de jurisprudentie nog maar weinig geëxpliciteerd. Van den Berge en Mutsaers noemen voorbeelden van gevallen waarin voorzieningenrechters niettemin geprobeerd hebben tot objectieve uitleg van eisen te komen. Daaruit blijkt dat het bij de beantwoording van de vraag, of alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers een gestelde eis op dezelfde wijze zouden uitleggen, uiteindelijk aankomt op: “(...) de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van de offerteaanvraag en de daarbij behorende bijlagen. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin die offerteaanvraag en de daarbij behorende bijlagen zijn gesteld. Bij die uitleg kan onder meer worden gekeken naar de elders in de offerteaanvraag gebruikte formuleringen. Ten slotte dient acht te worden geslagen op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.”

De tekstuele component van het Haviltex criterium wordt goed weergegeven door Van den Berge en Mutseers (zie boven), een formulering die ik overneem:

de vraag, of alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers een gestelde eis op dezelfde wijze zouden uitleggen, uiteindelijk aankomt op: “(...) de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van de offerteaanvraag en de daarbij behorende bijlagen.

Jansen beargumenteert verder dat niet het Haviltex, maar het CAO criterium moet worden gehanteerd:

Deze werkbare uitlegmaatstaf lijkt duidelijk te zijn geïnspireerd vanuit de zogenoemde CAO-norm en niet vanuit de Haviltex-norm. De Hoge Raad heeft die CAO-norm ontwikkeld voor geschriften en verhoudingen waarvan de aard mee- brengt dat bij de uitleg daarvan in beginsel objectieve maatstaven centraal dienen te staan. Mij lijkt dat eisen die zijn opgenomen in aanbestedingsdocumenten en die worden opgesteld met het oog op de afwikkeling van een aanbesteding zich bij uitstek lenen voor zo'n objectieve uitleg. Eigenlijk kan dat ook niet anders. De door een aanbesteder opgestelde eisen kunnen immers rechtsgevolgen hebben voor inschrijvers die deelnemen aan de aanbesteding maar die niet bij het opstellen van die eis betrokken zijn geweest. Wanneer het normatief zou zijn toegestaan bij de uitleg van een dergelijke eis de subjectieve bedoeling van de opstellers daarvan mee te laten wegen, zou dat om twee redenen problematisch zijn. In de eerste plaats vanwege het feit dat de eis is opgesteld zonder betrokkenheid van de inschrijver. Aan de zijde van de inschrijver valt mitsdien geen subjectieve partijbedoeling te (re)construeren. In de tweede plaats, omdat het door het Hof van Justitie EG geformuleerde vereiste dat de rechter moet nagaan of alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers een bepaalde eis of criterium in de aanbestedingsdocumenten op dezelfde wijze zouden uitleggen, nu juist in de weg staat aan de mogelijkheid dat daarbij ook acht wordt geslagen op de subjectieve partijbedoelingen van de aanbesteder en de inschrijver in kwestie.

De door Jansen gevoerde redenering lijkt me alleen al niet houdbaar in het licht van de betekenis die wordt toegekend aan de formulering *“alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers een gestelde eis op dezelfde wijze zouden uitleggen,”* een juridische fictie die ontegenzeggelijk betekenis toekent aan de verkeersopvatting (die eerder thuishoort in de Haviltex formule dan in de CAO formule). Het is natuurlijk waar dat de vereisten bij een aanbesteding eenzijdig zijn opgesteld door de aanbesteder, maar dat is geenszins een bijzonderheid waaraan inschrijvers bijzondere rechten behoren te ontleen. Uiteindelijk bestaat de overeenkomst uit een aanbod en de aanvaarding ervan. Dat het aanbod eenzijdig is opgesteld is geenszins uitzonderlijk en heeft – voor zover ik weet – tussen professionele partijen geen enkel verder juridisch gevolg voor hun rechtspositie bij een geschil over compliancekwesties. Wel weer van belang is de context van het aanbestedingsrecht, die vereist dat de aanbieding objectief, non-discriminatoir en transparant is geformuleerd. En juist de Haviltex formule staat het toe om *die* vereisten bij de interpretatie van de aanbieding te betrekken via de context (en de te verwachten rechtskennis bij aanbesteder en aanbieder).

Uitgangspunten bij de beoordeling Mede op basis van mijn persoonlijke lezing van het recente preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht van prof. C.E.C. Jansen ([30]) vat ik de uitgangspunten van waaruit mijn beoordeling is opgesteld als volgt samen:

- *Het gaat bij compliancebeoordelingen naar aanleiding van geschillen over aanbestedingsvereisten om een feitelijke oordeel over*
 - *(1) de vraag of, gelet op alle omstandigheden van de zaak, een vereiste duidelijk genoeg is geformuleerd om te voldoen aan de vereisten van gelijke behandeling en transparantie van de procedures voor aanbesteding van overheidsopdrachten en – zo zou ik uit wederkerigheidsoverwegingen willen toevoegen – over*
 - *(2) de vraag of, gelet op alle omstandigheden van de zaak, een aanbod duidelijk genoeg is geformuleerd om te kunnen bepalen of het aan de gestelde vereisten voldoet of niet, en dan pas over*

- (3) de vraag of, gelet op alle omstandigheden het aanbod voldoet aan de vereisten.
 - Ik vat de door de aanbestedder geformuleerde eisen op als onderdelen van zijn definitieve aanbod om deel te nemen aan een aanbesteding met gunning door onderhandeling.
 - Ik vat de door de aanbieders geformuleerde aanbiedingen op als onderdelen van de verplichtingen die zij bereid zijn aan te gaan in het kader van deelname aan een gunningsprocedure door onderhandeling.
 - Ik ga ervan uit dat het Haviltex criterium als volgt nadere invulling behoeft met het oog op de voorliggende aanbestedingsgeschillen:
 - (1) de taalkundige interpretatie van wat over en weer is gesteld (waar in het Engels gesteld heb ik gebruik gemaakt van [29]),
 - * de vraag, of alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers een gestelde eis op dezelfde wijze zouden uitleggen, komt er uiteindelijk op aan dat de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van de offerteaanvraag en de daarbij behorende bijlagen zulks ondersteunen met dien verstande dat daarbij rekening wordt gehouden met
 - (2) de context (die is gegeven met de aanbestedingsprocedure)
 - * de context van het aanbestedingsrecht vereist dat de aanbidding objectief, non-discriminatoir en transparant zijn geformuleerd
 - * de betekenis van de verkeersopvatting (zie ook [7]) vereist dat de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten,
 - * hetgeen in de jurisprudentie (HvJ EG 4 december 2003, Zaak C-448/01 (Wienstrom), Jurispr. 2003, blz. I-14527, r.o. 58) nader als volgt is verwoord: ... [dat bij de uitleg van bepalingen van de overeenkomst(en) tussen aanbestedder en aanbieder(s) ruimte is voor de verkeersopvatting in die zin] “dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat moeten zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren”
 - * welke formule is uitgewerkt in een nadere overweging: ... [dat een ontevreden aanbieder zal moeten laten zien, om zijn gelijk te halen,] “dat het voor de inschrijvers (...) moeilijk of zelfs onmogelijk is geworden, de juiste strekking van het betrokken criterium te kennen en het derhalve op dezelfde wijze te interpreteren.”
- waarbij van belang kan zijn
- (3) tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.
 - * Ik neem aan dat van alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers mag worden aangenomen dat zij zich bij de aanbesteding juridisch laten bijstaan door professionals, zodat met dit deelcriterium geen rekening hoeft worden gehouden.

¹⁹Hier zijn tussenvormen mogelijk, maar die doen er voor de verdere argumentatie niet toe, omdat vanuit aanbestedingsrechtelijke optiek ook een mengvorm ofwel in de ene, danwel in de andere categorie wordt geplaatst.

²⁰Zie hiervoor het derde deel

Aangehaalde literatuur

- [1] **Schmidt, A. S.** and **Corvers, S.**, Aanbesteding en innovatie: juridisch handboek functioneel specificeren van aanbestedingen, Sdu, 2009.
- [2] **Derks, W.**, *Specificatie van een B-dossier: Personalisatie, Integratie en Participatie*, Tech. rep., Telematica Instituut, 2009.
- [3] **van Leeuwen, D.**, *D1 Specificatie & Architectuur: Personalisatie, Integratie en Participatie*, Tech. rep., Novay, 2009.
- [4] **Fuller, L. L.**, The Morality of Law, revised edition, Yale University Press, 1967.
- [5] **Tamanaha, B. Z.**, On the Rule of Law: History, Politics, Theory, Oxford University Press, 2004.
- [6] **Mr.L.B.Sauerwein** and **Mr.J.J.Linnemann**, *Wet bescherming persoonsgegevens*, Ministerie van Justitie, 2002.
- [7] **Memelink, P.**, De verkeersopvatting, Boom Juridische uitgevers, 2009.
- [8] **ter Doest, H.**, *PortNL Whitepaper*, Tech. rep., Novay, 2009.
- [9] **Projectteam**, *Waarde van e-participatie voor integrale dienstverlening*, Tech. rep., Departement Bestuurs- en Organisatiewetenschap Universiteit Utrecht, 2009.
- [10] **Heerink, A.**, *Praktijkproef PIP: architectuur- en organisatieaspecten. Een impactanalyse van portaaltechnologie op de architectuur en de organiserende principes voor MijnOverheid.nl.*, Tech. rep., Telematica Instituut, 2008.
- [11] **ter Hedde et. al., M.**, *Pilot Elektronisch Maatwerk voor Reïntegratie: Acceptatieonderzoek bij klantregisseurs van de Toonkamer Gouda. Eindrapportage*, Tech. rep., Telematica Instituut, 2008.
- [12] **Derks, W.**, *Toegang: Identificatie, authenticatie en autorisatie voor een B-dossier*, Tech. rep., Telematica Instituut, 2008.
- [13] **Klievink, B.**, *Orchestrating E-Government: Action plan on orchestration in the B-dossier project*, Tech. rep., Delft University, 2007.
- [14] **Overbeek, S.**, *Vergelijking tracking en tracing oplossingen, Bijlage B bij deliverable D1*, Tech. rep., Novay, 2009.
- [15] **dossier projectgroep, B.**, *Opbrengsten van B-dossier: Resultaten van het tweede jaar*, Tech. rep., Telematica Instituut, 2008.
- [16] **van Velsen et. al., L.**, *Requirements voor een WMO-portal: B-dossier WMO-Pilot*, Tech. rep., Telematica Instituut, 2007.
- [17] **Hawkins, M.**, *Durkheim, The Division of Labour, and social Darwinism*, History of European Ideas, Vol. 22, No. 1, pp. 19–31, 1996.

- [18] **Douglas, M.**, How institutions Think, The Frank W. Abrams Lectures, Syracuse University Press, 1986.
- [19] **Coase, R. H.**, *The Nature of the Firm*, *Economica*, Vol. 4, No. 16, pp. 386–405, November 1937.
- [20] **Williamson, O. E.**, *The Economics of Governance*, *American Economic Review*, Vol. 95, No. 2, pp. 1 e.v., 2005.
- [21] **Hodgson, G.**, *What are institutions*, *Journal of Economic Issues*, Vol. XL, No. 1, pp. 1–25, March 2006.
- [22] **Calvin, W.**, *The brain as a Darwin machine*, *Nature*, Vol. 330, No. 6143, pp. 33–34, 1987.
- [23] **Calvin, W.**, *The six essentials? Minimal requirements for the Darwinian bootstrapping of quality*, *Journal of Memetics-Evolutionary Models of Information Transmission*, Vol. 1, 1997.
- [24] **Frey, B. S.**, *Not Just For the Money: an Economic Theory of Motivation*, Keagan Paul, 1997.
- [25] **Hirshleifer, J.**, *The Dark Side of the Force*, 2001, 2001.
- [26] **Loonstra, C.**, *Hoofdlijnen Nederlands Recht*, Noordhoff Uitgevers, 2009.
- [27] **Hordijk, E. P., van der Bend, G. and van Nouhuys, J.**, *Aanbestedingsrecht: Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Sdu Uitgevers, 2009.
- [28] **Visser, D.**, *Het ABC van iedere IE-inbreuk*, Boom juridische uitgevers, 2004.
- [29] **Davidson, G., Seaton, M. and Simpson, J.** (editors), *The Wordsworth Concise English Dictionary*, Wordsworth Reference, 1994.
- [30] **Jansen, C.**, *De aanbestedingsovereenkomst: Aanbesteden in verbintenisrechtelijk perspectief*, *Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht*, Sdu Uitgevers, 2009.